



Aalborg Universitet

AALBORG UNIVERSITY
DENMARK

Erstatning - en antologi

Bønsing, Sten; Von Hielmcrone, Nina; Langsted, Lars Bo; Olesen, Karsten Naundrup; Schultz, Trine; Vinther, Nikolaj; Werlauff, Erik

Publication date:
2006

Document Version
Tidlig version også kaldet pre-print

[Link to publication from Aalborg University](#)

Citation for published version (APA):
Bønsing, S., Von Hielmcrone, N., Langsted, L. B., Olesen, K. N., Schultz, T., Vinther, N., & Werlauff, E. (2006).
Erstatning - en antologi. Karnov Group.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal -

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at vbn@aub.aau.dk providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Erstatning – en antologi



Erstatning – en antologi

Sten Bønsing
Nina von Hielmcrone
Lars Bo Langsted
Karsten Naundrup Olesen
Trine Schultz
Nikolaj Vinther
Erik Werlauff

FORLAGET THOMSON



TM

Sten Bønsing, Nina von Hielmcrone, Lars Bo Langsted, Karsten Naundrup
Olesen, Trine Schultz, Nikolaj Vinther & Erik Werlauff

Erstatning – en antologi

1. udgave/1. oplag

© Forlaget Thomson A/S, København 2006

ISBN-10: 87-619-1502-5

ISBN-13: 978-87-619-1502-3

Omslag: Torben Lundsted, København

Sats: BookPartner Media, København

Tryk: P.J. Schmidt Grafisk, Vojens

Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse
af denne bog eller dele af den er ikke tilladt
ifølge gældende dansk lov om ophavsret.
Alle rettigheder forbeholdes.

Indhold

Introduktion	7
Forventning – skuffelse – erstatning	11
1. Det offentlige ansvar – artiklens tema	11
2. Stiftelse og skuffelse af berettiget forventning	12
3. Situationer, der kan udløse erstatning	14
4. Erstatningsansvar ved skuffede forventninger	16
4.1 Generelt om ansvarsgrundlaget for det offentlige	16
4.2 Generelt om betydning af berettiget forventning	17
4.3 Hvor retsvildfarelse fører til tab	18
4.3.1 Ansvarsgrundlag ved retsvildfarelse	18
4.3.2 Påvirkningen fra berettiget forventning	25
4.4 Hvor sagsbehandlingsfejl fører til tab	28
5. Sammenfatning	32
Rådgiveransvar i offentligt socialt arbejde	35
1. Indledning	35
2. Vejledningspligten	37
2.1 Forvaltningslovens § 7	37
2.2 Vejledningspligten i sociallovgivningen	41
3. Følger af vejledningsfejl	45
3.1 Ansvarsgrundlaget	45
3.1.1 Professionsnormen	45
3.2 Erstatning og reparation	48
4. Perspektivering og afslutning	54
Når skadevolderen tjener på sit retsbrud – om begrænsninger i muligheden for at tilbagesøge EU-stridige afgifter mv.	59
1. Grundspørgsmål: Kan skadevolderen tjene på sit retsbrud?	59
2. Ambi'en som eksempel	59
3. Ansvarsgrundlaget	60
4. Komplementaritet mellem direkte virkning og erstatningsansvar ...	60
5. Factortame og Brasserie du pêcheur som centrale eksempler	62
6. »Kvalificeret« overtrædelse af fællesskabsretten	63
7. Særligt om tilbagesøgning af afgifter mv.: Ækvivalens og effektivitet	64
8. Hans Just-dommen: Ækvivalenskravet	65

Indhold

9. Senere praksis om bevisbyrde og bevisstyrke ad tab, overvæltning mv.	65
10. Ambi-sagerne igen	67
11. Uddybning af overvæltningskriteriet (Comateb mv.)	73
12. Kritisk vurdering – behov for fællesskabsretlig regulering	76

Skatterådgiverens erstatningsansvar	79
1. Indledning.	79
2. Ansvarsstandarden i forbindelse med skatterådgivning	80
2.1 Notatet og kundaftalens betydning	80
2.2 Udfyldning af professionsansvaret	83
2.2.1 Skatteudnyttelsesarrangementer	87
3. Betydningen af klientens medvirken til skadesforholdet	94
4. Hvornår er der lidt et tab ved skatterådgivning?	96
5. Afsluttende bemærkninger	101

God skiks betydning for erstatningsansvaret	103
1. Indledning – Culpa og god skik	103
2. Generelt om anvendelsen af begrebet god skik	103
2.1 Lovgivning	103
2.2 Praksis	104
2.3 Brancheregler	105
3. Hvorfor god skik?	106
4. God skik som ansvarsstandard	107
5. Dækker god skik hele ansvarsgrundlaget?	108
6. Hvem bestemmer indholdet af god skik?	109
7. God skik – jus eller faktum?	111
8. Konklusion	115

Bevisvurdering i sager om professionelt ansvar – med særligt henblik på advokat- og revisorbranchen	117
1. Indledning.	117
2. Genstanden for bevisførelse	118
2.1 Den korrekte forståelse af en retsregel, der er indgået i rådgivningen	119
2.2 Indholdet af kravet i et erhvervs god skik-regler	121
3. Bevisbyrden	123
3.1 Udgangspunktet	123
3.2 Mulige undtagelser	124
4. Beviskravet	127
5. Afrunding	132

Introduktion

Over alt i samfundslivet kan det ske, at en fysisk eller juridisk person – berettiget eller uberettiget – mener at have lidt et tab forårsaget af andre personers handlinger eller undladelser. Sker dette, opstår spørgsmålet om kompensation for tabet, og erstatning bliver hermed potentielt nærværende i mange af livets forhold. Da juraen er en del af samfundslivet, bliver erstatning også et emne, der findes i stort set alle juridiske discipliner.

Inden for juraen foretages ofte en opdeling i forskellige områder, med den overordnede sontring mellem privatret og offentlig ret som eksempel. Opdelingerne har reelle, men også ofte fremstillingstekniske grunde. Regler om erstatning passer kun delvist ind i sådanne sontringer, fordi erstatning som emne i høj grad går på tværs af sontringerne. Rådgivningssituationen kan her tjene som eksempel; antag at et revisorfirma rådgiver en advokat, der efterfølgende rådgiver sin klient til at foretage en bestemt disposition på en bestemt måde, eksempelvis virksomhedsomdannelse ved hjælp af reglerne om skattefri (-neutral) virksomhedsomdannelse. Hvad hvis, i den situation, revisors rådgivning var forkert? Klienten kan rette krav mod advokaten, der på sin side kan rette krav mod revisorfirmaet. I begge tilfælde vil der formentlig være tale om erstatning i kontraktforhold. Men kan klienten rette krav mod revisorfirmaet? I givet fald vil det i udgangspunktet være uden for kontrakt, selv om det heller ikke kan udelukkes, at kontraktreglerne kan danne grundlag for et krav i form af springende regres. Spørgsmålet om erstatning for den samme situation kan med andre ord aktualisere to traditionelt adskilte områder, kontrakt og delikt. Yderligere er det sådan, at rådgivning ikke kun finder sted i privat regi. Også offentlige instanser yder rådgivning. Erstatningsansvar i den forbindelse er også et spørgsmål om rådgiveransvar, men nu forankret i den offentlige ret.

Rådgivningssituationen illustrerer, at man ikke kan forvente, at spørgsmål om erstatning på ét område uden videre kan besvares alene ved hjælp af regler knyttet til dette område; erstatningsansvar for den offentlige rådgiver kan eksempelvis tænkes påvirket af, hvad der gælder for rådgivning i det private kontraktforhold.

Introduktion

Artiklerne i denne antologi behandler alle erstatningsretlige spørgsmål, men fra hvert deres udgangspunkt. Artiklerne kan læses som enkeltstående, hvorved man som læser får indblik i problemstillinger, der særligt kan påkalde sig interesse på det pågældende område. Men som følge af den påvirkning forskellige retsområders erstatningsregler kan have på hinanden, kan artiklerne også læses i sammenhæng, og give inspiration til at se andre perspektiver i de enkelte områder.

Artiklernes forfattere er alle ansatte ved Aalborg Universitet, hvor de forsker og underviser inden for forskellige juridiske områder. Eneste undtagelse er Karsten Naundrup Olesen, som nu er ansat ved Juridisk Institut på Syddansk Universitet.

Studiesekretær Malene Rytter Jørgensen har ydet værdifuld bistand, blandt andet ved at gennemarbejde alle artiklerne for at sikre ensartet layout. Forfatterne er taknemlige for denne indsats.

Karsten Naundrup Olesen analyserer i artiklen »Forventning – skuffelse – erstatning«, hvilken betydning det har for offentlige myndigheders erstatningsansvar, at skadelidte har haft en berettiget forventning, der er blevet skuffet som følge af myndighedsudøvelse. I analysen sondres mellem to kategorier. Først behandles tilfælde, hvor det er retsvildfarelse, der er anledning til tab, og dernæst tilfælde hvor tab er en følge af sagsbehandlingsfejl. I begge kategorier synes eksistensen af en berettiget forventning at få betydning for erstatningsspørgsmålet. Mest markant er dette i forbindelse med retsvildfarelse, hvor forventningen leder til en skærpelse af ansvarsgrundlaget i retning af objektivt ansvar.

I artiklen »Rådgiveransvar i offentligt socialt arbejde« behandler *Nina von Hiemcrone* og *Trine Schultz* vejlednings- og rådgivningspligten på det socialretlige område. Analysen indledes med en undersøgelse af vejledningspligtens indhold, sådan som dette foreligger på baggrund af forvaltningslovens § 7 og de socialretlige love samt fortolkningsbidrag fra praksis. Det antages her, at vejledningspligten på det sociale område er skærpet i forhold til det almindelige udgangspunkt for offentlige instanser. Efter analysen af vejledningspligtens indhold behandles følgerne af vejledningsfejl, herunder såvel grundlaget for ansvar som ansvarsfølgerne. I forbindelse med sidstnævnte fremhæves sondringen mellem erstatning og reparation. I den afsluttende perspektivering diskuteres, hvilke konsekvenser øget digitalisering af forvaltningen vil få for spørgsmålet om vejledning på det sociale område. Forfatterne finder

Introduktion

her, at digitalisering sigter mod omkostningseffektivisering og bedre service for den ressourcestærke del af befolkningen, mens ressource-svage personer lades i stikken.

Artiklen »Når skadevolder tjener på sit retsbrud – om nogle begrænsninger i muligheden for at tilbagesøge erlagte fællesskabsstridige afgifter mv.« er skrevet af *Erik Werlauff*. Forfatteren tager afsæt i forlyden-der fra EU-rådsmøder om, at nogle store medlemsstater, herunder Tyskland, vil have undersøgt, om fællesskabsretten i fremtiden eventuelt kan indrettes sådan, at domme fra EF-domstolen, der kender en national skat eller afgift fællesskabsstridig, som udgangspunkt alene kan få fremadrettet virkning, således at muligheden for tilbagesøgning her-ved begrænses. Forfatterens holdning til dette er, at det vil være ganske udmærket at få undersøgt muligheden for opnåelse af fællesskabsfor-skrifter på tilbagesøgningsområdet, men at sådanne regler i givet fald bør indrettes på en sådan måde, at respekten for, og håndhævelsen af, fællesskabsretten derved styrkes, ikke at den svækkes. Artiklen beskæf-tiger sig med nogle retsområder, hvor fællesskabsretten efter forfatte-rens opfattelse har for ringe gennemslagskraft, idet det »på fællesskabs-rettens nuværende udviklingstrin« er overladt til national ret at definere tilbagesøgningsmulighederne, når blot ækvivalens- og effektivitetsprin-cippet herved iagttages.

Nikolaj Vinther undersøger i artiklen »Skatterådgiverens erstatnings-ansvar« specifikt revisorers og advokaters erstatningsansvar for rådgiv-ning – eller manglende rådgivning – vedrørende skatteretlige emner. Ansvarsgrundlaget i form af professionsansvar søges nærmere beskre- vet, dels ved at påpege hvilke muligheder og begrænsninger rådgiv-ningsaftalen tilbyder, dels ved at fremhæve nødvendigheden af at fo-kusere på den skatteretlige situation rådgiverens opgave drejer sig om. Endvidere behandles også spørgsmålet om, hvilken betydning klientens egne forhold – medvirken – har for rådgivers erstatningsansvar. Endelig inddrages også det for erstatningspligten afgørende spørgsmål om kli-entens tab. I den forbindelse fremhæves bl.a. klientens tabsbegræns-ningspligt som havende en særlig betydning for erstatning i anledning af mangelfuld skatterådgivning.

I artiklen »God skiks betydning for erstatningsansvaret« tager *Sten Bønsing* udgangspunkt i, at den centrale culparegel er upræcis, hvorfor det ved konkret anvendelse er nødvendigt med udfyldende elementer, der kan bidrage til at fastlægge reglens indhold. I artiklen undersøges

Introduktion

det herefter, om »god skik« på et område kan være et sådant udfyldende element. I analysen trækkes på sondringen mellem ansvarsgrundlagets subjektive og objektive dele, og responsa vedrørende god skik findes som oftest at knytte sig til den objektive del – spørgsmålet om en adfærd er retsstridig. Endvidere belyses det, hvem der bestemmer, hvad der er god skik på et givent område, og det diskuteres om god skik skal regnes som jus eller faktum. I relation til sidstnævnte finder forfatteren, at oplysninger om god skik har træk fra såvel jus som faktum. Forfatteren præciserer forholdet således, at selve fastlæggelsen af det juridiske indhold af en god skik-regel er jus, mens oplysninger om en »almindelig adfærd« og »brancheopfattelser« af, hvad god skik er, er faktum.

Antologiens sidste artikel har titlen »Bevisvurdering i sager om professionelt ansvar – med særligt henblik på advokat- og revisorbranchen«. Under denne overskrift skriver *Lars Bo Langsted* om genstanden for bevisførelsen, når erhvervsudøvere mødes med erstatningskrav, og om bevisbyrde og beviskrav i disse situationer. I omtalen af genstanden for bevisførelsen fremhæves sondringen mellem jus og faktum i erstatningsspørgsmålet, og misforståelse af relevante retsregler samt indholdet i erhvervenes god skik-regler fremhæves som to situationer, hvor der kan opstå tvivl om rubriceringen.

Også ved erstatningskrav mod professionelle er udgangspunktet, at sagsøger har bevisbyrden for, at de erstatningsretlige betingelser er opfyldt, men forfatteren gennemgår en række mulige undtagelser til dette udgangspunkt.

I afsnittet om beviskravet i erstatningssager mod professionelle omtales særskilt de problemer, der kan være forbundet med at beskrive omfanget og karakteren af den opgave, rådgiver skulle udføre; traditionelle suppleringsbidrag som standarder, kutymmer og eventuel skriftlig aftale nævnes i den forbindelse som elementer, der kan anvendes til fastlæggelse af indholdet af rådgivers ydelse. Endelig omtales også beviskravet i relation til culpaspørgsmålet, og betingelserne om tab og årsagssammenhæng.

Forventning – skuffelse – erstatning

Af lektor, ph.d. Karsten Naundrup Olesen

1. Det offentliges ansvar – artiklens tema

Området for offentlige instansers myndighedsudøvelse er stort, og følgerne af aktiviteterne inden for feltet er forskellige. Karakteristisk er det dog, at når offentlige instanser udøver myndighed, påvirker det landets borgere, hvorved i denne artikel menes såvel fysiske som juridiske personer.

I nogle tilfælde har myndighedsudøvelse en form, der betyder, at den påvirker en bred, og ofte ubestemt, kreds af borgere. Dette er eksempelvis tilfældet, når en myndighed udsteder en bekendtgørelse. I andre tilfælde er myndighedsudøvelsen rettet mod én eller få identificerede borgere, sådan som det er tilfældet, når et amt med hjemmel i miljøbeskyttelseslovens § 41, stk. 1, giver en virksomhed påbud om at begrænse udledning af miljøfarlige stoffer til naturen. Den direkte påvirkningskraft er her mindre i udbredelse, men med mindst samme styrke som ved myndighedsudøvelse af mere generel karakter. Selv hvor myndighedsudøvelsen er rettet mod en enkelt borger, kan myndighedsudøvelsen dog også påvirke andre personer end adressaten. Dette er eksempelvis tilfældet for naboerne til den bygherre, der opnår kommunens dispensation fra vedtagne byggelinier.

Henset til den påvirkning det offentliges myndighedsudøvelse har i forhold til borgerne, synes det naturligt, at offentlige instanser kan ifalde erstatningsansvar for deres handlinger på dette felt, og det er da i dag også almindeligt antaget, at der består et sådant erstatningsansvar for det offentlige.¹

1. Mens det i dag kan anføres, at offentlige instanser naturligvis kan ifalde erstatningsansvar, har antagelsen været anderledes i tidligere tider, jf. kongelig resolution af 12. november 1828, i henhold til hvilken kongen ikke kunne anerkendes erstatningsansvar for skader forvoldt af embedsmænd. For en kort omtale af dette historiske perspektiv se

Karsten Naundrup Olesen

Uanset formen af myndighedsudøvelsen kan den resultere i, at en eller flere borgere bliver skuffet i deres forventninger til tingenes tilstand på et område. Det kan være, hvor vognmanden har tilladelse til at drive forretning fra sin private bopæl, og myndighedsudøvelsen fratager ham denne ret, eller hvor husejerne mister deres fjordudsigt som følge af, at kommunen giver naboen dispensation fra en deklaration, der bestemmer, at der kun må bygges huse med flade tage.

Denne artikel behandler spørgsmålet om, hvilken betydning det har for det offentliges erstatningsansvar i forbindelse med myndighedsudøvelse, at borgeren, der påstår sig tilkendt erstatning, har haft en berettiget forventning, der er blevet skuffet som følge af myndighedsudøvelsen.

2. Stiftelse og skuffelse af berettiget forventning

I mange tilfælde er det sådan, at begivenheder, en person kommer ud for i tilværelsen, skaber nogle forestillinger – eller forventninger – hos den pågældende. Når man køber en bil, forventer man normalt, at den kan køre, og lader man sig indlægge på et hospital, forventer man vel at blive undersøgt eller behandlet. I nogle tilfælde er forventningerne urealistiske, som hvis en skatteyder forventer, at myndighederne endeligt har taget stilling til hans skatteansættelse, fordi de har accepteret hans ændringer i forskudsopgørelsen. I andre tilfælde må forventningerne siges at have god forankring i virkeligheden, som hvor en skatteyder modtager en bindende forhåndsbesked vedrørende de skattemæssige konsekvenser af en given transaktion. I situationer som den sidstnævnte opstår der, hvad der i denne artikel benævnes som, en *berettiget forventning*.

En berettiget forventning kan have rod i mange konkrete begivenhedsforløb. I nogle tilfælde vil forventningen opstå som følge af en

Poul Andersen i bet. 214/1959, s. 55 f. Det offentliges erstatningsansvar behandles i litteraturen hos *Poul Andersen: Offentligretligt erstatningsansvar*. Poul Andersen er også forfatter til den »Oversigt vedrørende dansk ret«, der findes i bet. 214/1959 om statens og kommunernes erstatningsansvar. Emnet behandles også hos *Hemming Skovgaard: Offentlige myndigheders erstatningsansvar* og senest af *Orla Friis Jensen* i *Jens Garde m.fl.: Forvaltningsret – alm. emner*, 4. udg., kap. 9 og af *Bernhard Gomard* i *U2004B.383*. Mere kortfattet er emnet behandlet hos *Bent Christensen: Forvaltningsret – prøvelse*, 2. udg., s. 164 ff. og i *Hans Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret*, 2. udg., s. 862 ff.

Forventning – skuffelse – erstatning

myndighedsudøvelse, sådan som det eksempelvis er tilfældet, når en borger tildeles førtidspension i henhold til reglerne i lov om social pension, kap. 3. I andre tilfælde er det andre omstændigheder end en myndighedsafgørelse, der skaber forventningen. Eksempelvis får køberne af byggegrunde en berettiget forventning om, at de kommer til at bo i et kvarter uden erhvervsvirksomheder, hvis det udtrykkeligt fremgår af en tingslyst deklaration på hele udstykningen, at erhvervsdrift ikke er tilladt fra udstykningen.

Med artiklens formål in mente er det imidlertid ikke skabelsen af den berettigede forventning, der er i centrum. I stedet fokuserer artiklen på de forhold, der leder til, at borgeren bliver skuffet i sine forventninger.

Skuffelse af en berettiget forventning kan opstå i den situation hvor den myndighedsudøvelse – helt typisk i form af en forvaltningsakt – der har skabt forventningen, som følge af oprindelige mangler ikke kan opretholdes. Det kan eksempelvis være tilfældet, hvor en tilladelse savner hjemmel og efterfølgende derfor erklæres ugyldig og annulleres. En berettiget forventning kan ligeledes skuffes af en myndighedsudøvelse, der er uden sammenhæng med det forhold, der har skabt forventningen. Dette er eksempelvis tilfældet, hvor en påtaleberettiget kommune overskrider sine beføjelser og giver dispensation fra en tingslyst deklaration på en udstykning, og derved bliver årsag til, at naboen til dispensationens adressat mister sin udsigt over skov og strand. Endvidere kan en berettiget forventning også skuffes, hvor udviklingen i tiden efter forventningens opståen skaber behov – og mulighed – for myndighedsudøvelse, der blandt andet får som konsekvens, at retstilstanden, som forventningen bygger på, ændres. Et eksempel på dette finder man, hvor en lovlig tilladelse tilbagekaldes ved en ny forvaltningsakt. Sidstnævnte situation adskiller sig fra de to førstnævnte, og behandles ikke i artiklen, jf. nærmere i afsnit 3.

Der er nogle forskelle mellem de to førstnævnte situationer ovenfor. Eksempelvis vil der i nogle tilfælde være tale om én myndighedsudøvelse, der både skaber og skuffer forventning, mens det i andre tilfælde vil være én myndighedsudøvelse, der skaber, og én anden der leder til skuffelse af forventning. I begge situationer vil det imidlertid være myndighedsudøvelse, der leder til skuffelse af en berettiget forventning. Og det er netop denne aktivitet hos myndigheden, der er i centrum her, hvor det skal undersøges, om myndigheden kan ifalde erstatningsansvar for sin aktivitet.

Karsten Naundrup Olesen

Det fremgår ovenfor, at erstatning er relevant i en række forskellige sammenhænge knyttet til myndighedsudøvelse. Inden det nærmere undersøges, i hvilket omfang det offentlige kan blive erstatningsansvarlig for myndighedsudøvelse, er det derfor på sin plads med nogle bemærkninger om, hvilken placering erstatningskravet har i forhold til forskellige offentligretlige figurer. Sådanne bemærkninger følger i afsnit 3, hvorefter den nærmere undersøgelse af det offentliges erstatningsansvar følger i afsnit 4.

3. Situationer, der kan udløse erstatning

Hvis en offentlig instans producerer en afgørelse, der senere kendes ugyldig, eksempelvis fordi den er udtryk for magtfordrejning, synes det naturligt, at den borger, som er blevet ramt af afgørelsen, kompenseres gennem tilkendelse af et erstatningsbeløb, i det omfang afgørelsen har forvoldt borgeren tab. Der er således en nærliggende sammenhæng mellem en afgørelses ugyldighed og erstatning, en sammenhæng der også afsløres i domspraksis, hvor de to spørgsmål ofte optræder i sammenhæng.² Men ugyldighed og erstatning er ikke siamesiske tvillinger – de kan optræde alene, og den ene er ikke afhængig af den anden.

Således medfører ugyldighed ikke altid erstatning. Dette følger allerede af, at erstatning er betinget af, at der kan påvises et økonomisk tab,³ et krav der langt fra altid er opfyldt ved den ugyldige afgørelse. Endvidere er det en betingelse for tilkendelse af erstatning, at der foreligger påregnelighed, og at der er en årsagssammenhæng mellem tabet og myndighedsudøvelsen.⁴ Heller ikke disse krav vil altid være opfyldt, selv om en afgørelse underkendes, jf. eksempelvis de tilfælde hvor en afgørelse er ugyldig som følge af væsentlige formelle mangler, men hvor en afgørelse, truffet under behørig iagttagelse af de formelle sagsbehandlingsregler, ville lede til samme resultat for borgeren.⁵ Endelig kan

2. Se eksempelvis *U1983.1000H*, *U1993.72/2H* og *U1999.286V*. Flere eksempler findes blandt de domme, der nævnes i afsnit 4.

3. *Orla Friis Jensen* i *U1979B.21* (s. 21) og *Bent Christensen: Forvaltningsret – prøvelse*, s. 164.

4. *Bent Christensen: Forvaltningsret – prøvelse*, s. 166, *Hans Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret*, 2. udg., s. 862 og *Orla Friis Jensen i Jens Garde m.fl.: Forvaltningsret – almen*, 4. udg., s. 595.

5. For en uddybende behandling af kausalitetskravet, se *Orla Friis Jensen* i *U1979B.21*.

Forventning – skuffelse – erstatning

det også nævnes, at der i domspraksis findes eksempler på, at en afgørelse underkendes, men at erstatning afvises under henvisning til, at årsagen til underkendelsen skal findes i en undskyldelig retsvildfarelse.⁶ Dette emne behandles yderligere i afsnit 4.3.

Ligesom ugyldighed ikke nødvendigvis udløser erstatning, fordrer erstatning heller ikke, at der foreligger en ugyldig afgørelse. Således kan erstatning til en berørt nabo ikke udelukkes, hvor en byggetilladelse nok er ulovlig, men trods dette opnår materiel retskraft, eksempelvis som følge af hensynet til adressaten.⁷

At det ikke er en betingelse for erstatning, at der foreligger en ugyldig afgørelse, illustreres også af, at erstatning kan komme på tale, hvor der sker en lovlig tilbagekaldelse af en afgørelse. Erstatning kan i disse tilfælde være hjemlet i lov,⁸ men også uden udtrykkelig lovhjemmel må erstatning være en mulighed, idet begrænsninger i form af krav om bevillingsmæssig hjemmel, og forbud mod støtte af enkelte borgere, dog skal iagttages.⁹ Det, der erstattes i disse tilfælde, vil primært være de tab, adressaten har haft ved at indrette sig i tillid til den tilbagekaldte afgørelse, altså erstatning for en berettiget forventning. I det perspektiv har erstatning ved lovlig tilbagekaldelse forbindelse med den situation, der behandles i denne artikel. Der er dog den forskel mellem de to situationer, at erstatning i forbindelse med lovlig tilbagekaldelse ikke udløses af myndighedens, i retlig sammenhæng, dadelværdige handlinger, mens dette er tilfældet, når erstatning overvejes i forbindelse med ulovlige afgørelser. Som følge af denne forskel lades spørgsmålet om erstatning i forbindelse med lovlig tilbagekaldelse ude af betragtning i undersøgelsen nedenfor. Det skal dog ikke herved udelukkes, at undersøgelsen kan have betydning for det relevante spørgsmål, om hvorvidt lovlig tilbagekaldelse medfører erstatningspligt.¹⁰

Selv om erstatning og ugyldighed er to redskaber, der er uafhængige

6. Se eksempelvis *U1944.717H* og *U1954.863Ø*.

7. Se nærmere om denne problemstilling hos *Orla Friis Jensen* i *U1980B.133*.

8. Se således vandforsyningslovens § 32, stk. 4.

9. Om erstatning i forbindelse med tilbagekaldelse af afgørelser, særligt om hvorvidt erstatning påvirker adgangen til at foretage tilbagekaldelse, se *Claus Haagen Jensen* i *Ellen Margrethe Basse* m.fl.: *Forvaltningsret – alm. emner*, 2. udg., kap. 8 og *Karsten Revsbech* i 4. udgaven af samme værk, kap. 8.

10. Erstatning kan naturligvis også komme på tale, hvor der foretages en ulovlig tilbagekaldelse af en uagribelig, oprindelig afgørelse. Den situation falder inden for de tilfælde, der er nævnt ovenfor, og er derfor omfattet af undersøgelsen i denne artikel.

Karsten Naundrup Olesen

af hinanden, er der mange eksempler på domme, hvor de optræder i sammenhæng. I nogle af disse domme skyldes ugyldigheden en fejlagtig opfattelse af fakta eller andre sagsbehandlingsfejl, mens det i andre domme er forkert anvendelse af jus, der er årsagen til afgørelsens ugyldighed. I den følgende analyse inddrages domme fra begge kategorier, idet hver kategori dog behandles i separate afsnit. Opdelingen foretages, fordi det ikke på forhånd er klart, om ansvarsgrundlaget er det samme i begge kategorier, og hvis det ikke er tilfældet, vil det være vanskeligt at foretage sammenligninger på tværs mellem de to kategorier og drage fælles konklusioner om betydningen af berettigede forventninger. Opdelingen ændrer dog ikke på, at det overordnede mål for analysen er at belyse, hvilken betydning en berettiget forventning har for det offentliges erstatningsansvar.

4. Erstatningsansvar ved skuffede forventninger

4.1 Generelt om ansvarsgrundlaget for det offentlige

Som anført i afsnit 1, er det i dag almindeligt antaget, at det offentlige kan ifalde erstatningsansvar på grundlag af forvaltningen af myndighedsbeføjelserne. Som i alle andre tilfælde af erstatningsansvar er det, også i forbindelse med erstatning for skader forvoldt ved myndighedsudøvelse, et helt centralt emne at fastlægge ansvarsgrundlaget. Udgangspunktet er her, at det offentlige bliver erstatningsansvarlig for den culpøse, skadevoldende handling, såfremt der kan konstateres et økonomisk tab samt påregnelighed og årsagsforbindelse mellem myndighedsudøvelsen og skaden.¹¹

Myndighedsudøvelse forekommer i en lang række sammenhænge, der har fælles træk, men hvor der også er store forskelle på afgørende punkter. Et enkelt, men klart, eksempel på dette er, at myndighedsudøvelse i nogle tilfælde udmønter sig i begunstigelse af borgeren, mens den i andre tilfælde virker bebyrdende. Henset til de væsentligt forskellige hensyn, der kan gøre sig gældende i forbindelse med myndig-

11. *Hans Gammeltoft-Hansen m.fl.*: Forvaltningsret, 2. udg., s. 862 og *Orla Fris Jensen i Jens Garde m.fl.*: Forvaltningsret – alm. emner, 4. udg., s. 571. Se også *Henning Skovgaard*: Offentlige myndigheders erstatningsansvar, hvor indholdet i culpastandarden tages op til kritisk behandling.

Forventning – skuffelse – erstatning

hedsudøvelse, synes det naturligt, om culpaansvaret for den skadevoldende myndighedsudøvelse ikke skal være absolut, men modificeres eller fraviges i forskellige sammenhænge.

I relation til spørgsmålet om fravigelse af culpagrundlaget skal det bemærkes, at lovforslaget i betænkning 214/1959 om statens og kommunernes erstatningsansvar netop havde som udgangspunkt, at det offentliges ansvar skulle afgøres på baggrund af culpastandarden, jf. lovforslagets § 1. Lovforslaget åbnede dog også for muligheden for erstatningsansvar på et skærpet (objektivt) grundlag, jf. forslaget § 2, og i henhold til bemærkningerne til bestemmelsen havde man i den forbindelse blandt andet for øje, at der i visse tilfælde burde kunne pålægges det offentlige et ansvar for undskyldelig retsvildfarelse,¹² uden at objektivt ansvar dog skulle udelukkes i andre sammenhænge også.¹³ Det objektive ansvar ville have været undtagelsen, og udvalget bag lovforslaget anfører i den forbindelse, at der nok fandtes en række lovbestemmelser, som pålagde stat og kommune et objektivt ansvar, men at der syntes at være »...en vis tilbøjelighed til at opfatte de gældende bestemmelser om objektivt ansvar som udtømmende snarere end som udtryk for en almindelig grundsætning«.¹⁴ Betænkningens lovforslag blev imidlertid ikke vedtaget. Afvigelser fra culpaudgangspunktet i retning af ansvar på et objektivt grundlag er dog, både før og efter betænkningen, statueret i enkelte domme.¹⁵

4.2 Generelt om betydning af berettiget forventning

I forvaltningsretlig sammenhæng slår eksistensen af berettiget forventning igennem i forbindelse med såvel læren om mulighed for tilbagekaldelse af gyldige afgørelser, som ved afgørelse af om en ulovlig afgørelse skal erklæres ugyldig. I begge situationer taler hensynet til adressatens berettigede forventning for at opretholde den retstilstand, som var gældende efter den oprindelige afgørelse.

Beskyttelsen af en berettiget forventning er ikke enestående for den danske forvaltningsret. Anvendelsen af begrebet i dansk ret sker efter inspiration fra tysk ret, hvor *Vertrauensschutz* er anerkendt. Når en

12. Bet. 214/1959, s. 29.

13. Bet. 214/1959, s. 29 smh. med s. 10.

14. Bet. 214/1959, s. 10.

15. Se *U1948.253V*, *U1983.866/2H* og *U1988.895H*, samt neden for i afsnit 4.3.1.

Karsten Naundrup Olesen

berettiget forventning, inden for visse rammer indrømmes beskyttelse i forbindelse med tilbagekaldelse og ugyldighedslæren, skyldes det den grundlæggende opfattelse, at der er et hensyn at tage til den borger, der er blevet bibragt en opfattelse af tingenes tilstand, og måske ligefrem har indrettet sig i overensstemmelse hermed. Denne begrundelse for at tillægge berettiget forventning betydning synes ikke kun at være gangbar i forbindelse med vurdering af mulighederne for tilbagekaldelse og ugyldighed. Argumentationen må følge den berettigede forventning, uanset i hvilke sammenhænge den dukker op, og det er derfor nærliggende at antage, at eksistensen af en berettiget forventning også vil have betydning for spørgsmålet om ansvarsgrundlag i de tilfælde, hvor forventningen skuffes som følge af myndighedsudøvelse.¹⁶ Om en sådan påvirkning findes, undersøges i det følgende.

4.3 Hvor retsvildfarelse fører til tab

4.3.1 Ansvarsgrundlag ved retsvildfarelse

Lader man det almindelige udgangspunkt – den culpøse handling – udgøre grundlaget for erstatningsansvar i situationer, hvor erstatningskravet bunder i, at en afgørelse er behæftet med en retlig mangel, vil der være tilfælde, hvor der ikke vil kunne rettes erstatningskrav mod myndighederne. Noget sådant vil forekomme i de tilfælde, hvor der foreligger en undskyldelig retsvildfarelse, da en sådan definatorisk falder uden for culpanormen. Konsekvensen af dette vil blive, at borgeren, der også vil befinde sig i undskyldelig uvidenhed om indholdet i den aktuelle lovgivning, kommer til at bære byrden for den undskyldelige uvidenhed hos begge parter. Der synes ikke at være nogen indlysende grund til, at dette må være den rigtige løsning. Der synes endda at være vægtige argumenter for det modsatte resultat. Således er det den offentlige instans, der har de bedste ressourcer til at skaffe klarhed over indholdet i jus. Dels er der ofte medarbejdere med juridisk indsigt ansat hos de offentlige instanser, dels er der alt andet lige flere økono-

16. Hos *Hemming Skovgaard*: Offentlige myndigheders erstatningsansvar, s. 247 ff., inddrages *forventningsposition* som ét af fem bedømmelsesmomenter for fastlæggelse af ansvarsgrundlaget i forbindelse med en *integreret ansvarsstandard*. *Forventningsposition* synes dog at være mere omfattende end begrebet *berettiget forventning*, sådan som dette er anvendt i denne artikel, jf. omtalen af *forventningsposition* i værket, s. 247 f. og s. 252 ff.

Forventning – skuffelse – erstatning

miske ressourcer hos det offentlige til at købe juridisk bistand, hvor dette ikke findes inden for egne rækker.¹⁷ Endvidere kan det vel forekomme lettere for en offentlig instans at henvende sig til en anden offentlig instans for at få klarhed over en vanskeligt forståelig bestemmelse. Yderligere gør det offentliges relative økonomiske styrke det også nærliggende at placere byrden for misforståelsen af jus hos netop denne part – altså lade de bredeste skuldre bære den tungeste byrde. Særligt sidstnævnte synes at blive forstærket i tilfælde, hvor der foreligger en berettiget forventning hos borgeren.

I relation til ovenstående er § 2 i lovforslaget fra betænkning 214/1959 og bemærkningerne til dette, jf. herom i afsnit 4.1, naturligvis interessante, idet man her ville indføre lovhjemmel for i visse tilfælde – blandt andet ved retsvildfarelser – at pålægge det offentlige erstatningsansvar på objektivt grundlag.

Fra betænkning 214/1959 skal det også bemærkes, at udvalget bag betænkningen særligt om administrativ frihedsberøvelse anfører, at dette er et så alvorligt indgreb over for borgeren, at objektivt ansvar kunne være på sin plads.¹⁸ Myndighedsudøvelsens intensitet i relation til borgeren vejer altså her for at gennemføre ansvar på objektivt grundlag. Lovforslaget indeholdt imidlertid ikke en bestemmelse om objektivt ansvar særskilt for frihedsberøvelse. Udvalget begrundede dette med, at der i så fald også skulle være »... ret vid adgang til at nægte erstatning ...«, og dette, kombineret med at frihedsberøvelse tjener forskellige formål, fik udvalget til at afstå fra at udforme en bestemmelse om emnet.¹⁹ Selv om generne ved at blive adressat for en afgørelse, der skuffer ens berettigede forventninger, givet langt fra i alle tilfælde kan måle sig med generne ved at blive underkastet administrativ friheds-

17. Synspunktet om det offentliges ressourcemæssige styrke fastholdes, selv om det anerkendes, at heller ikke det offentlige har ubegrænsede midler. I flere sager – se *U1985.368H*, *U2000.1196/2H* og *U2002.235H* – er det offentlige blevet frikendt for erstatningsansvar i forbindelse med udøvelse af faktisk forvaltningsvirksomhed, idet domstolene har taget hensyn til det offentliges begrænsede ressourcer, og har anerkendt at det offentlige har den endelige kompetence til at disponere over disse. Denne argumentation anerkendes fuldt ud, for så vidt angår faktisk forvaltningsvirksomhed. Er der tale om myndighedsudøvelse, må det dog fastholdes, at det offentlige principielt må have de ressourcer, der er nødvendige for at sikre retmæssig forvaltning. Rimelige modifikationer kan dog forekomme, jf. eksempelvis *U2001.956Ø*.

18. Bet. 214/1959, s. 11.

19. Bet. 214/1959, s. 11 f.

Karsten Naundrup Olesen

berøvelse, må afgørelser, der leder til skuffede forventninger, dog anses for mere intense end afgørelser, der ikke berører berettigede forventninger. Intensitetsbetragtningen vedrørende administrativ frihedsberøvelse kan derfor i en vis udstrækning anvendes ved afgørelser, der skuffer berettigede forventninger. Det må videre bemærkes, at de anførte forbehold i forhold til at gennemføre objektivt ansvar ved administrativ frihedsberøvelse ikke synes at gøre sig gældende i forbindelse med afgørelser, der berører berettigede forventninger.

I forbindelse med overvejelserne omkring ansvar for uberettiget frihedsberøvelse anførte udvalget bag betænkningen også, at »i en række tilfælde varetages helt eller delvist de frihedsberøvedes egen interesse, og det synes da ikke urimeligt, at disse, når intet kan lægges myndighedernes til last, må bære risikoen«. ²⁰ Uden at kommentere det rimelige i denne konkrete byrdefordeling i det citerede skal det bemærkes, at i tilfælde, hvor der foreligger en berettiget forventning, kan den skadevoldende myndighedsudøvelse næppe i mange tilfælde siges at være helt eller delvist i borgerens egen interesse. Dette argument mod ansvar på objektivt grundlag må derfor falde bort, hvor der foreligger berettiget forventning.

Såvel de anførte argumenter mod at lade borgeren bære ansvaret for det offentliges undskyldelige retsvildfarelser, som kommentarerne på baggrund af betænkning 214/1959 vejer til fordel for et objektivt ansvarsgrundlag for det offentlige i tilfælde af retsvildfarelser. Vender man blikket mod domspraksis, er billedet af ansvarsgrundlaget imidlertid ikke tydeligt, jf. omtalen i det følgende.

I dommen gengivet i *U1983.1000H*²¹ havde Holme-Tranbjerg Kommune (senere lagt sammen med Århus Kommune, der var sagsøgte) givet sagsøger, olieselskabet BP, tilladelse til at opføre en benzinstation i et boligområde. Tilladelsen blev ved en sag anlagt af beboere i boligområdet kendt ugyldig som følge af manglende hjemmel. Efter dette anlagde BP sag mod Århus Kommune med påstand om erstatning for tab lidt som følge af, at de erhvervede grunde ikke kunne anvendes til benzinstation og derfor blev afhændet til en pris lavere end anskaffelsesprisen. Landsretten fandt, at kommunen var erstatningsansvarlig, idet kommunen ved meddelelsen af tilladelsen »klart er gået uden for sin

20. Bet. 214/1959, s. 12.

21. Kommenteret af *Mogens Munch* i *U1984B.59*.

Forventning – skuffelse – erstatning

hjemmel«. Angivelsen af, at kommunen klart var gået uden for sin hjemmel, synes ikke helt i overensstemmelse med, at boligministeriet efterfølgende udtalte, at det var ministerets opfattelse, at kommunen »... næppe burde have givet tilladelse ...«, men at det ikke forekom »... uforståeligt, om kommunen har følt sig i tvivl om spørgsmålet ...«. Endvidere fremgik det af sagen vedrørende tilladelsens gyldighed, at ministeriet efter principielle overvejelser – der blev afsluttet efter tilladelserne var givet – skiftede opfattelse således, at ministeriet fra at være af den opfattelse, at benzinstationer med kommunernes tilladelse kunne placeres i boligområder, nu mente at dette ikke var tilfældet. For Højesteret gjorde kommunen da også gældende, at der med baggrund i ministeriets praksis ikke var grundlag for at pålægge kommunen erstatningsansvar; vel underforstået at der var tale om en undskyldelig retsvildfarelse, som ikke kunne begrunde ansvar. I sin behandling af erstatningssøgsmålet undlod Højesteret at vurdere graden af retsvildfarelsen, idet retten blot lagde til grund, at tilladelsen var ulovlig og ugyldig. Herefter tilkendte Højesteret BP erstatning, idet retten bemærkede, at BP havde »... føje til at disponere som sket på grundlag af tilladelserne ...«. Sagen må være et eksempel på en undskyldelig retsvildfarelse, og med sin afgørelse lader Højesteret den offentlige myndighed bære ansvaret for denne, altså ansvar på objektivt grundlag.²² Det skal i relation til artiklens emne særligt bemærkes, at Højesteret udtrykkeligt henviser til den forventning, adressaten med rette knyttede til den ugyldige afgørelse.

I *U1976.849V* var der på en udstykning, omfattende 32 parceller, tinglyst en deklaration, i henhold til hvilken de 27 parceller kunne bebygges med huse i ét plan og med udnyttet tagetage, mens de resterende 5 parceller kun måtte bebygges med huse i ét plan og med flade tage. Deklarationen indeholdt endvidere en adgang til at tillade mindre afvigelser fra bestemmelserne, »... når særlige forhold taler derfor, og når sådanne afvigelser ikke berører kvarteret dets præg efter nærværende deklarations bestemmelser«. Efter at de 27 parceller med ret til bebyggelse med rejsning var solgt, gav Århus Kommune, som rette myndighed, tilladelse til, at begrænsningen knyttet til de resterende 5

22. For en fortolkning i samme retning, se *Orla Friis Jensen i Jens Garde m.fl.: Forvaltningsret – alm. emner*, 4. udg., s. 592, hvor dommen ses som »... udtryk for en stærkt objektiverende tendens«.

Karsten Naundrup Olesen

parceller blev ophævet. Ejeren af en naboparcel, til de parceller der oprindeligt havde været underlagt klausul om bebyggelse med flade tage, sagsøgte herefter kommunen med påstand om, at tilladelsen til at ændre deklarationen var ulovlig, og at kommunen skulle betale erstatning svarende til den værdiforringelse, hans ejendom havde undergået som følge af deklarationens ændring. For landsretten anførte kommunen, at der ikke kunne blive tale om erstatningsansvar, da der ikke var handlet culpøst. Landsretten forholder sig ikke udtrykkeligt til spørgsmålet om culpa, idet retten blot uden videre anfører, at »... ændringerne i deklarationen er af et sådant omfang og en sådan beskaffenhed, at de ikke kan anses omfattet af kommunens beføjelse til at foretage mindre afvigelser fra deklarationens bestemmelser ...«. Herefter konstaterer landsretten, at »under de foreliggende omstændigheder findes [kommunen] ved meddelelsen af den omhandlede, uhjemlede dispensation at have pådraget sig erstatningsansvar ...«. Selv om dommen, for så vidt angår ansvarsgrundlaget, ikke er helt præcis, synes et par forhold at tale for, at der her er tale om ansvar på objektivt grundlag. Dels undlader landsretten, trods kommunens udtrykkelige fremhævelse af culpa, at foretage en vurdering af dette. Dels synes det ikke oplagt, at en ændring af deklarationen, hvorefter alle grunde kunne bebygges med huse i ét plan og med udnyttet tagetage, ikke var en mindre afvigelse, der ikke berøvede kvarteret dets præg efter deklarationen. Afslutningsvis skal det bemærkes, at den meget kortfattede landsretsdom som nævnt afsiges under henvisning til »... de foreliggende omstændigheder ...«. Selv om det ikke sker udtrykkeligt, kan det ikke afvises, at der i denne formulering blandt andet er en henvisning til den forventning, sagsøger havde ved sit køb af nabogrunden, og som udtrykkeligt fremhæves i byrettens afgørelse i sagen.

Dommen gengivet i *U1962.554Ø* drejer sig om Københavns Kommunes inddragelse af en tilladelse til at drive pølsevogn. For tilladelsen gjaldt et regulativ vedtaget i medfør af lov. I henhold til dette regulativs § 19 kunne tilladelsen inddrages, »... hvor forholdene efter magistratens skøn gør det nødvendigt; dog gives der så vidt gør ligt stadelejerens 1 måneders varsel«. Endvidere fremgik det af regulativets § 25, at »enhver tilladelse til råden over gadeareal ... gives på vilkår, at tilladelsen kan tages tilbage med 1 års varsel«. Kommunen ønskede at dele stedet for derved at skaffe mulighed for, at endnu en person kunne virke som pølsemand på stedet. Af den grund inddrog kommunen tilladelsen med

Forventning – skuffelse – erstatning

1 måneds varsel, jf. den citerede § 19. Landsretten konstaterer kort, at betingelserne for at anvende § 19 ikke var til stede, men at kommunen i stedet burde være gået frem efter proceduren i § 25. Herved ville kommunen have opnået det ønskede resultat, om end med lidt forsinkelse i forhold til proceduren efter § 19, og retten fandt derfor, at kommunen skulle erstatte det indtægtstab, der var i tidsrummet fra tilbagekaldelsen skete efter § 19, til den kunne være trådt i kraft havde kommunen anvendt § 25. Bortset fra det signal der måske kan være i anvendelsen af formuleringen »Sagsøgte [kommunen] burde ... være gået frem efter regulativets § 25 ...«, synes landsretten ikke at gå ind i overvejelser omkring ansvarsgrundlag ved afgørelse af sagen. Og det står derfor uklart, hvorvidt erstatningsgrundlaget er culpa eller objektivt. For det sidstnævnte taler, at der netop ikke foretages en vurdering af graden af skyld i forbindelse med retsvildfarelsen, hvilket netop ikke er nødvendigt, hvis man anvender et objektivt grundlag. Ligesom landsretten ikke udtrykkeligt tager stilling til ansvarsgrundlaget, er det heller ikke åbenbart, om den har gjort sig overvejelser vedrørende eksistensen af berettigede forventninger. Sådanne har imidlertid uden tvivl været tilstede, skabt af den oprindelige tilladelse og skuffet ved kommunens mangelfulde afgørelse om inddragelse. Indirekte varetages dette hensyn dog gennem dommen, der jo ville anvende den længere frist, noget der netop giver adressaten mulighed for at indrette sig på afgørelsen.

Som modsætning til de domme, der er nævnt foran, skal det nævnes, at der også er domme, hvor myndighederne idømmes erstatningspligt på baggrund af en culpabedømmelse, jf. eksempelvis *U1975.488Ø* og *U1995.314V* (kommuner erstatningsansvarlig i anledning af byggetilladelser der var i strid med henholdvis tinglyst deklaration og lokalplan), *U1999.286V* (kommune erstatningsansvarlig for tab lidt som følge af ugyldig byggetilladelse). Endvidere er der også domme, hvor myndighederne frifindes på grundlag af culpavurderinger, jf. eksempelvis *U1944.717H* (dommen omtales nedenfor) og *U2002.1566H* (ikke erstatningsansvar for afgørelse hvis hjemmelsgrundlag først blev klarlagt ved Højesterets dom). I sidstnævnte sag forelå der dog ikke berettiget forventning. Domspraksis giver således ikke grundlag for et klart og entydigt svar på spørgsmålet om ansvarsgrundlaget for retsvildfarelser. Konkret kan erstatningsansvar på objektivt grundlag dog ikke

Karsten Naundrup Olesen

afvises, og et sådant ansvarsgrundlag har som nævnt ovenfor også vægtige argumenter for sig.

Som en afsluttende bemærkning vedrørende ansvarsgrundlaget for retsvildfarelser skal opmærksomheden henledes på EF-domstolens holdning til spørgsmålet om *condictio indebiti*. I flere sager har domstolen behandlet spørgsmålet om, hvilke regler der skal lægges til grund, når en borger ønsker tilbagebetaling af beløb indbetalt til det offentlige i henhold til nationale regler, der senere viser sig at være i strid med fællesskabsretten. I sag C-68/79 udtalte domstolen om spørgsmålet,²³ at tilbagesøgning skal ske efter nationale regler, men under betingelser som ikke må være mindre gunstige, end hvad der gælder for tilsvarende nationale søgsmål »... og som under ingen omstændigheder må umuliggøre hævdelser af rettigheder, som følger af fællesskabets retsorden ...«. Dette synspunkt har domstolen gentaget i flere senere sager, jf. eksempelvis sag C-826/79 (præmis 13), sag C-199/82 (præmis 12) og de forenede sager C-114/95 og C-115/95 (præmis 45). I sag C-188/95 førte synspunktet til, at domstolen udtalte, at fællesskabsretten er til hinder for, at krav om tilbagesøgning afskæres, alene med den begrundelse at beløbet er opkrævet med hjemmel i en regel, om hvis strid med fællesskabsretten myndighederne befandt sig i en undskyldelig retsvildfarelse.²⁴ I relation til denne artikel er det interessant, at domstolen med dette synspunkt lægger ansvaret for den undskyldelige retsvildfarelse på myndigheden. Det skal dog bemærkes, at der til spørgsmålet om tilbagesøgning knytter sig et berigelseselement, der ikke gør sig gældende i forbindelse med erstatning.

Vedrørende betydningen af dette fællesskabsretlige aspekt må man, uanset om det anskues som et tilfælde af *condictio indebiti* eller som et tilfælde af erstatning,²⁵ fastholde, at der er tale om en ulovlig myndighedsudøvelse, der fører til et krav om udbetaling fra myndigheden til borgerne. I dette ligner situationen de traditionelle erstatningssituatio-

23. Præmis 27.

24. Præmis 41.

25. Som om dette hos *Henning Skovgaard*: Offentlige myndigheders erstatningsansvar, s. 308 ff.

Forventning – skuffelse – erstatning

ner. Der vil dog ikke foreligge nogen berettiget forventning i forbindelse med *condictio indebiti*.²⁶

4.3.2 Påvirkningen fra berettiget forventning

At berettiget forventning inddrages i domme vedrørende erstatning i forbindelse med retsvildfarelser fremgår allerede af nogle af de domme, der er nævnt ovenfor. Særlig tydelig er i denne forbindelse *U1983.1000H* med Højesterets udtrykkelige inddragelse af adressatens berettigede forventning. Hensynet til den berettigede forventning har en central placering i rettens begrundelse, og det synes derfor nærliggende at antage, at forventningen har haft indflydelse på valget af ansvarsgrundlag (objektivt), der i dommen er skærpet i forhold til udgangspunktet om culpa.

I to andre sager – *U1976.849V* og *U1993.72/2H* – blev en kommune fundet erstatningsansvarlig for afgørelser, der var i strid med tinglyste deklarationer på grundarealer. I *U1976.849V* – der er omtalt ovenfor – fremhæver landsretten ikke udtrykkeligt hensynet til ejeren af nabo-grunden, men det kan ikke afvises, at dette hensyn er en af årsagerne til, at der tilsyneladende idømmes erstatningsansvar på skærpet grundlag.

I *U1993.72/2H* var der på et erhvervsområde, der stødte op til nogle parcelhusgrunde tinglyst en deklaration, der foreskrev, at der i området kun måtte drives lettere erhvervsvirksomhed, der efter den påtaleberettigedes [Århus Kommune] skøn ikke medførte gener for nærliggende villaområder. Århus Kommune gav gennem nogle år tilladelser, således at der kunne opføres garageanlæg i industriområdet. Nogle parcelhusejere lagde sag an mod kommunen med påstand om erstatning af de værditab m.v., deres ejendomme var blevet påført som følge af de nævnte tilladelser, der blev påstået i strid med deklarationen. Såvel landsretten som Højesterets flertal (4-1) fandt, at kommunen var erstatningsansvarlig, da tilladelserne havde ført til gener, der gik ud over de rammer, deklarationen satte. Det er ikke helt klart, hvilket ansvarsgrundlag dommen anlægger, men nogen udtrykkelig culpavurdering foretages ikke. Særligt landsrettens dom kan nærmere læses som objektivt ansvar for kommunen, idet landsretten blot konstaterer, at til-

26. For yderligere behandling af spørgsmål vedrørende mulighederne for tilbagesøgning af betalinger indkrævet i strid med fællesskabsretten, se i nærværende fremstilling *Erik Werlauff*: Når skadevolderen tjener på sit retsbrud.

Karsten Naundrup Olesen

ladelserne er i strid med deklarationen, og at kommunen derfor har pådraget sig erstatningsansvar. Såvel landsretten som alle dommere i Højesteret fremhæver, at parcellhusejernes berettigede forventning vedrørende erhvervsområdets udnyttelse som grundlaget for erstatning.

I *U1962.554Ø* – der også er gennemgået i afsnit 4.3.1 – var der givet en berettiget forventning hos adressaten for afgørelsen, men dette element blev ikke særskilt fremhævet af landsretten.

I *U2000.2137Ø* blev Skatteministeriet fundet erstatningsansvarlig for beslutning om at opkræve afgift på laserdisk. Afgiftskravet fandtes uhjemlet, og på baggrund af det i dommen gengivne synes det mest rigtigt at antage, at afgørelsen blev truffet på grundlag af en undskyldelig retsvildfarelse. Afgørelsen vedrørte en konkret forhandler af produktet, og denne havde nogle år tidligere modtaget meddelelse fra de lokale toldmyndigheder om, at produktet for tiden var afgiftsfrit. Med forbehold for formulering af den oprindelige tilkendegivelse, har forhandleren haft en berettiget forventning. Landsrettens afgørelse indrager imidlertid ikke forventningselementet, ligesom ansvarsgrundlaget heller ikke diskuteres udtrykkeligt. Det kan ikke afvises, at landsretten alene støtter sit resultat på det forhold, at myndighederne ikke lod klagen over afgiftspålæggelsen få opsættende virkning, hvilket ville have forhindret tabet.

Ovenstående eksempler fra domspraksis kan indikere, at eksistensen af en berettiget forventning påvirker ansvarsgrundlaget i retning af en skærpelse, måske ligefrem et objektivt ansvar for retsvildfarelser. Denne indikation synes at blive styrket, når man sammenligner resultaterne i ovennævnte domme, hvor der forelå en berettiget forventning, med domme hvor en sådan ikke synes at være tilstede. Som eksempler på sidstnævnte kan nævnes *U1942.273H*, *U1944.717H*, *U1983.298H* og *U2002.1566H*.

I *U1942.273H* havde en bygherre ansøgt om byggetilladelse, hvilket Københavns Kommune i to omgange afslog under henvisning til byplanmæssige hensyn. Højesterets flertal (10-2) fandt ikke, at nævnte hensyn kunne varetages med den af kommunen anførte hjemmel, hvorfor kommunen blev erstatningsansvarlig for de tab, bygherren havde lidt som følge af afslagene. Ansaret idømmes »... efter almindelige erstatningsregler ...«, hvilket må forstås som en culpabedømmelse, jf. afsnit 4.1. Mindretallet ville frifinde kommunen med den begrundelse,

Forventning – skuffelse – erstatning

at der forelå en undskyldelig retsvildfarelse, altså også en culpabedømmelse.

Dommen gengivet i *U1983.298H* vedrører Åskov Kommunes erstatningsansvar for myndighedsudøvelse, der havde til følge, at et igangværende byggeri blev forsinket. Kommunens myndighedsudøvelse byggede på en fejlfortolkning af en bestemmelse i en deklaration, der var tinglyst på grunden. Om dette forhold bemærkede Højesteret, at forståelse af bestemmelsen kunne »... give anledning til begrundet tvivl«, og at kommunen derfor ikke var erstatningsansvarlig for den forsinkelse, der lå forud for fortolkningens endelige fastlæggelse. Højesteret lægger altså her til grund, at der ikke er erstatningsansvar for den undskyldelige retsvildfarelse. I relation til spørgsmålet om betydningen af en berettiget forventning skal det bemærkes, at adressaten (bygherren) ikke havde en sådan, idet der var tale om, at han uforskyldt havde opført byggeriet – troede han, jf. omtalte fortolkningstvivl – i strid med deklarationen, og derfor havde ansøgt om dispensation, som han havde mulighed for, men ikke krav på at få.

I *U1944.717H* havde Fredericia Kommune under henvisning til en sundhedsvedtægt gældende for kommunen forbudt en landmand at opretholde salg af mælk direkte fra sin ejendom, hvis bygninger lå inden for bygrænsen, mens jordene lå uden for denne. Landsretten konstaterer blot, at der ikke var hjemmel for forbudet, hvorfor kommunen ifaldt erstatningsansvar. Der anlægges her tilsyneladende en betragtning om objektivt ansvar for retsvildfarelse. Ved Højesterets afgørelse delte dommerne sig i et flertal på 6 dommere og et mindretal på 3. Flertallet fandt ligesom landsretten, at forbudet savnede hjemmel, og at det derfor skulle ophæves. Af de 6 dommere i flertallet ville 4 imidlertid ikke pålægge kommunen erstatningsansvar. Dette standpunkt blev begrundet med, dels at der forelå en undskyldelig retsvildfarelse for så vidt angik hjemmelsgrundlaget, dels at der ud fra saglige sundhedsmæssige synspunkter kunne være givet regler om forbud, og dette uden at der skulle være ydet erstatning til de berørte. De 4 dommere anlagde således en culpavurdering som ansvarsgrundlag, men følte det nødvendigt yderligere at underbygge afgørelsen med betragtningerne om muligheden for erstatningsfrit forbud på andet hjemmelsgrundlag. Denne dobbeltbegrundelse svækker dommens præjudikatværdi. Præjudikatværdien, både hvad angår erstatningsspørgsmålet og hvad angår ansvarsgrundlaget, svækkes yderligere af, at 2 dommere fra flertallet i

Karsten Naundrup Olesen

begge disse spørgsmål ville stadfæste landsrettens afgørelse, og altså finder, at der er ansvar på objektivt grundlag. Mindretallet på 3 dommere fandt, at der var hjemmel for forbudet, hvorfor der ikke var grundlag for erstatning. I øvrigt tilsluttede mindretallet sig de 4 dommere fra flertallet i spørgsmålet om erstatning, hvis der ikke havde været hjemmel – altså støtte for culpabedømmelsen.

Også dommen gengivet i *U2002.1566H* vedrører mulighederne for erhvervsindtjening. I sagen havde et taxibestillingskontor nægtet at optage en taxivognmand. Vognmanden klagede til Storkøbenhavns Taxinævn, der imidlertid ikke fandt grundlag for at kritisere det passerede. Ved en efterfølgende retssag slog Højesteret fast, at bestillingskontoret ikke havde været berettiget til at nægte at optage vognmanden. Efter denne afgørelse lagde vognmanden sag an mod taxinævnet med påstand om erstatning. Højesteret afviste kravet idet retten lagde til grund, at nævnets ulovlige afgørelse byggede på en undskyldelig retsvildfarelse. Højesteret anlagde med andre ord en culpavurdering.

Hverken i *U1942.273H*, i *U1983.298H* eller i *U1944.717H* og *U2002.1566H* forelå der en forudgående afgørelse eller andet, der kan have skabt en berettiget forventning hos den borger, der blev påvirket af den ulovlige afgørelse. Det er derfor bemærkelsesværdigt, at sagerne afgøres på baggrund af culpastandarden, mens de nogenlunde tilsvarende problemstillinger i henholdsvis *U1983.1000H* (om byggetilladelse ligesom i *U1942.273H*), *U1976.849V* og *U1993.72/2H* (om afgørelser i strid med deklarationer som i *U1983.298H*) og *U1962.554Ø* (om afgørelse der påvirker mulighed for erhvervsindtjening ligesom i *U1944.717H* og *U2002.1566H*) bliver anlagt objektivt eller i det mindste skærpet ansvarsgrundlag.

4.4 Hvor sagsbehandlingsfejl fører til tab

I tilfælde hvor en berettiget forventning skuffes som følge af en myndighedsudøvelse, der er behæftet med sagsbehandlingsfejl, vil myndigheden typisk have optrådt culpøst, eller borgeren vil have undladt at bidrage til oplysning af sagen²⁷ eller have handlet svigagtig ved at fortie

27. I disse tilfælde bliver det af betydning for erstatningsspørgsmålet at finde grænsen for myndighedernes pligt til at sikre sagens oplysning. Efterkommer myndighederne ikke denne pligt, kan erstatningsansvar blive aktuelt. Som et eksempel på borgerens manglende medvirken se *U2003.1462H*, hvor myndigheden ikke var erstatningsansvarlig.

Forventning – skuffelse – erstatning

eller forvanske oplysninger. I sidstnævnte tilfælde vil erstatning naturligvis ikke blive aktuel, og hvor myndigheden har handlet culpøst, vil sondringen mellem objektivt eller culpøst ansvarsgrundlag være uden interesse. I relation til artiklens tema er det i stedet centralt at undersøge, hvilken betydning eksistensen af en berettiget forventning har for erstatningsspørgsmålet, herunder også hvordan det påvirker culpavurderingen.

I relation til den foreliggende problemstilling er sagen i *U1988.488/2H* af interesse. Et selskab var interesseret i at købe en ejendom, der tidligere havde været anvendt til bilforretning med tilhørende værksted. Da selskabet ønskede at kunne anvende ejendommen til andre formål, ansøgte det Frederiksberg Kommune om tilladelse til at indrette dagligvareforretning i ejendommen. Kommunen gav denne tilladelse, og selskabet købte derefter ejendommen og udlejede den til butikskæden ALDI. I henhold til lejekontrakten var udlejer forpligtet til at sikre, at ALDI kunne drive dagligvarehandel fra ejendommen, uden at dette ville stride mod lovgivning o.l. I anledning af en klage fra konkurrerende handlende meddelte Planstyrelsen Frederiksberg Kommune, at tilladelsen ikke havde den fornødne hjemmel. Endvidere pålagde styrelsen kommunen at tilbagekalde tilladelsen, idet styrelsen (fejlagtigt) lagde til grund, at tilladelsen endnu ikke var udnyttet. Kommunen tilbagekaldte herefter tilladelsen. Hændelsesforløbet førte til, at selskabet anlagde sag mod Planstyrelsen med påstand om erstatning for et beløb, selskabet havde betalt ALDI som følge af kontraktbrud. Landsretten afgjorde sagen til selskabets fordel, og gjorde primært dette, fordi retten fandt, at styrelsen havde misforstået jus – der var hjemmel til at give tilladelsen. Endvidere påpeger landsretten, at styrelsen traf sin afgørelse på et utilstrækkeligt grundlag. Højesteret stadfæstede dommen, men med en anden argumentation. I en meget klar dom fremhæver Højesteret indledningsvis, at kommunens tilladelse skabte en berettiget forventning hos selskabet, der indrettede sig i overensstemmelse med denne. Herefter konstaterer Højesteret, at styrelsen på grund af utilstrækkelig oplysning af sagen overså dette forhold, og dette leder til, at styrelsen ifaldt erstatningsansvar.

I *U1988.488/2H* var der ingen tvivl om, at styrelsen optrådte culpøst ved ikke at sikre sig de nødvendige oplysninger om sagens fakta. Dommen bidrager derfor ikke nævneværdigt til fastlæggelsen af indholdet i culpastandarden eller til at afstikke standardens grænser. Men dommen

Karsten Naundrup Olesen

er alligevel meget interessant i nærværende sammenhæng, fordi der i Højesterets afgørelse ikke er nogen udtrykkelig vurdering af tilbagekaldelsens lovlighed – i stedet er det skuffelsen af adressatens berettigede forventning, der i høj grad bærer afgørelsen, og på den måde får betydning for erstatningsspørgsmålet.

Også i *U2003.770Ø* var der tale om tilbagekaldelse af en afgørelse. I sagen havde Plantedirektoratet truffet afgørelse om at tilbagekalde en landmands autorisation til at drive økologisk landbrug. Landmanden anlagde sag med påstand om erstatning af de produktionstab, tilbagekaldelsen havde affødt. Landsretten indleder sin afgørelse med at konstatere, at tilbagekaldelsen er »... et overordentlig vidtgående indgreb«, og at »der må stilles strenge krav til dokumentationen for et sådant indgrebs berettigelse«. Dernæst fremhæver landsretten, at regelgrundlaget for tilbagekaldelsen er upræcist og derfor overlader et betydeligt skøn til myndigheden. I dette ligger vel, at dette også øger kravene til sagens oplysning. Efter dette konstaterer landsretten, at de forhold, der førte til tilbagekaldelsen, i væsentligt omfang kunne være bragt i orden i løbet af kort tid, og at sagens oplysning var mangelfuld, hvilket skyldes direktoratets culpøse optræden. Landsretten fandt herefter, at tilbagekaldelsen var sket på så spinkelt grundlag, at den måtte anses for ugyldig, og at direktoratet derfor ifaldt erstatningsansvar.

Med den fokus der i *U2003.770Ø* er på tilbagekaldelsens betydning for adressaten, er der ingen tvivl om, at hensynet til adressatens forventning og indretning i overensstemmelse med denne har betydning for sagens udfald, og at retten finder, at et sådant hensyn generelt skærper kravene til myndighederne i relation til at sikre et tilstrækkeligt grundlag for afgørelsen. Uanset dette forekommer det ikke overraskende, at direktoratet blev dømt i sagen, da sagens oplysning var meget lemfældig, og et tilstrækkeligt grundlag kunne være sikret ved mere grundig inspektion.

Det er ikke kun, hvor der foreligger en berettiget forventning hos adressaten for en afgørelse, at myndighederne kan ifalde erstatningsansvar, hvis de træffer en urigtig afgørelse på baggrund af mangelfuld sagsoplysning. I *U1940.236H* godkendte Viborg Amt en indstilling fra Balle Kommune om tvangsanbringelse af en mand på arbejdsanstalt. Under sagen blev det klarlagt, at afgørelsen byggede på mangelfulde oplysninger. Selv om det mangelfulde oplysningsgrundlag ikke kunne antages at være kendt for formanden for det udvalg, der stod for ind-

Forventning – skuffelse – erstatning

stillingen, og selv om Højesterets flertal (7-1) fandt anledning til at bebrejde adressaten, at han ikke deltog i et afgørende møde, fandt retten alligevel, at kommunen var erstatningsansvarlig, idet den »... må bære ansvaret for sin indstilling ...« og »... idet der ikke er tilstrækkelig undskyldning for de i indstillingen indeholdte væsentlige urigtigheder ...«. ²⁸

Efter domspraksis, jf. eksemplerne ovenfor, er det åbenbart, at domstolene tager hensyn til eksistensen af en berettiget forventning ved afgørelse af erstatningsspørgsmål. Afgørelsen i *U1988.488/2H* viser endog, at skuffelse af den berettigede forventning alene kan begrunde erstatningsansvar. Samtidig er det dog også illustreret, at berettiget forventning ikke er en forudsætning for erstatning. Det skal dog i den forbindelse bemærkes, at de anførte domme *U1940.236H* og *U1952.246Ø* begge drejer sig om situationer, hvor de omstridte afgørelser resulterede i administrativ frihedsberøvelse, og altså havde meget alvorlige konsekvenser for adressaterne.

Om skuffelse af en berettiget forventning altid vil føre til erstatning er uklart, men den betydning forventningen tillægges, jf. foran, peger i den retning. Det samme gør det forhold, at der typisk vil foreligge culpa fra myndighedens side i de tilfælde, hvor skuffelsen sker som følge af, at en afgørelse er behæftet med sagsbehandlingsfejl. En enkelt sag fra domspraksis taler dog imod dette. Afgørelsen er gengivet i *U1954.863Ø*. I sagen havde Indenrigsministeriet annulleret en afgørelse om indfødsret truffet ca. 20 år tidligere. Ved en tidligere landsretsdom ²⁹ var annulationen fundet ugyldig, idet landsretten lagde til grund at annulationen i alt væsentligt skete på grund af en ændret vurdering af de oprindeligt foreliggende faktiske oplysninger, hvilket ikke kunne opveje at adressaten ved afgørelsen om indfødsret havde fået »... en berettiget tillid til afgørelsens endelighed ...«. I den efterfølgende erstatningssag (*U1954.863Ø*) slog landsretten indledningsvis fast, at der ikke fandtes særskilt lovhjemmel for at yde erstatning. Og så fortsatte landsretten: »... og det findes ikke godtgjort, at der af statens embedsmænd ved de trufne afgørelser er udvist et forhold, der kan betegnes som en

28. Se også *U1952.246Ø*, hvor en kommune ligeledes blev erstatningsansvarlig for beslutning om tvangsanbringelse, der byggede på såvel proceduremæssige fejl som mangelfuld oplysning.

29. *U1950.252Ø*.

Karsten Naundrup Olesen

fejl eller forsømmelse, hvorfor statskassen må anses for ansvarlig«. Henset til den praksis der ellers foreligger, jf. eksemplerne ovenfor, er frifindelsen af myndigheden overraskende, og en fornemmelse af straf i forhold til adressaten synes ubehageligt nærværende, når man tænker på tidspunktet for dommens afsigelse, og det forhold at adressaten var af tysk oprindelse og havde gjort tjeneste i den tyske hær under Anden Verdenskrig.³⁰ Dommens præjudikatværdi synes af disse grunde at være begrænset.

5. Sammenfatning

Hvor en berettiget forventning skuffes, som følge af en afgørelse der lider af en sagsbehandlingsmangel, er forventningens betydning, for om erstatningsansvar skal vurderes på objektivt eller culpøst grundlag, uden egentlig interesse, da myndigheden som hovedregel vil have handlet culpøst. Domspraksis viser imidlertid, at eksistensen af en berettiget forventning har betydning ved vurderinger af erstatningsspørgsmålet, idet forventningen inddrages som argumentation i en række sager. Henset til sammenhængen mellem det økonomiske tab, der er en forudsætning for erstatning, og den berettigede forventning, synes dette ikke overraskende.

Herefter knytter interessen sig særligt til spørgsmålet om, hvilken betydning berettiget forventning har for erstatningsspørgsmålet i forbindelse med retsvildfarelser, og i den forbindelse særligt om forventningen kan lede til ansvar på objektivt grundlag. I domspraksis finder man afgørelser, hvor der har foreligget berettiget forventning, og hvor der idømmes erstatningspligt på objektivt, eller i det mindste skærpet, grundlag. Afgørelse af erstatningsspørgsmålet sker givet under afvejning af også konkrete forhold i de foreliggende sager, men i de analyserede sager – helt særligt i *U1983.1000H* – synes eksistensen af en berettiget forventning at være tillagt afgørende betydning. En antagelse, af at eksistensen af en berettiget forventning leder til afgørelse af erstatningsspørgsmål på objektivt ansvarsgrundlag, finder også støtte, når der foretages sammenligninger mellem domme vedrørende nogen-

30. *Henning Skovgaard*: Offentlige myndigheders erstatningsansvar, s. 158 f. og *Orla Friis Jensen i Jens Garde m.fl.*: Forvaltningsret – alm. emner, 4. udg., s. 593.

Forventning – skuffelse – erstatning

lunde identiske problemstillinger, men med, henholdsvis uden, berettiget forventning.

Også reale grunde taler for erstatning på objektivt grundlag i tilfælde af retsvildfarelse. Risikoplacering, under hensyntagen til hvilken part der har de bedste ressourcemæssige muligheder for at afdække retstilstanden, er nævnt ovenfor. Hertil kommer, at erstatningsansvar på objektivt grundlag givet vil bidrage til øget korrekt anvendelse af lovgivningen, jf. også EF-domstolens begrundelse for den tidligere omtalte holdning til mulighederne for tilbagesøgning af betalinger erlagt i urigtig formodning om skyld.

Eksistensen af en berettiget forventning kan således have afgørende betydning for ansvarsgrundlaget. Samtidig skal det dog endvidere bemærkes, at også andre elementer kan påvirke spørgsmålet om erstatningspligt.³¹ Eksempelvis kan borgerens egne handlinger eller undladelser – der samlet kan betegnes som *egen skyld* – reducere eller udelukke erstatning. Som et eksempel på *egen skyld* kan nævnes borgerens bevidsthed om en given retsvildfarelse. Hvor en sådan foreligger, vil der givet ikke blive tale om erstatningspligt for myndigheden, ligesom der i sådan en situation i øvrigt ikke vil foreligge en forventning, der kan betegnes som berettiget.

Litteraturliste:

Andersen, Poul. *Offentligretligt erstatningsansvar*, 1. udg., Gyldendal, København 1938

Basse, Ellen Margrethe m.fl. *Forvaltningsret – almindelige emner*, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1989

Christensen, Bent. *Forvaltningsret – prøvelse*, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1994

Gammeltoft-Hansen, Hans. *Forvaltningsret*, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2003

Garde, Jens m.fl. *Forvaltningsret – almindelige emner*, 4. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2004

Gomard, Bernhard. U2004B.383

Jensen, Orla Friis. U1979B.21

31. Hos *Henning Skovgaard*: Offentlige myndigheders erstatningsansvar opstilles der fem momenter, der indgår i en integreret ansvarsstandard. Hver af disse momenter indeholder endvidere flere elementer.

Karsten Naundrup Olesen

Jensen, Orla Friis.U1980B.133

Skovgaard, Henning. *Offentlige myndigheders erstatningsansvar*, G.E.C.
Gads Forlag, København 1983

Rådgiveransvar i offentligt socialt arbejde

Af lektor Nina von Hielmcrone og adjunkt, ph.d. Trine Schultz

1. Indledning

Med temaet »rådgiveransvar i offentligt socialt arbejde« i en antologi, der rummer forskellige aspekter af erstatningsansvar for såvel borgere som myndigheder har vi valgt at fokusere på de særlige normer og ansvarsfølger, der er knyttet til det sociale område.

At det offentliges erstatningsansvar i det væsentlige følger samme principper som ansvar for private er konstateret i forbindelse med Betænkning 214/1959 om statens og kommunernes erstatningsansvar.³² Erkendelsen af, at også sociale myndigheder og andre, der arbejder inden for det sociale felt, kan pålægges at erstatte tab, der er lidt ved fejl og forsømmelser fra rådgivers eller sagsbehandlers side, er imidlertid af forholdsvis ny dato.

Det sociale område er kendetegnet ved, at aktørerne som alt overvejende hovedregel består af sociale myndigheder på den ene side og private borgere på den anden. F.eks. fagforeninger er også i et vist omfang aktører på det sociale område, men grundlaget for ansvar kan for deres vedkommende snarere sammenlignes med andre private rådgiveres som advokater, revisorer o.l.

I forhold til private aktører indebærer det, at et eventuelt ansvarsgrundlag ikke kun bygger på spørgsmålet om overholdelse af god-skik-normer fastlagt af organisationer og domstole, men at der i vidt omfang

32. Om den aktuelle retstilstand for så vidt angår det offentliges erstatningsansvar henvises til *Gomard i UfR 2004B.383*. Offentlige myndigheders erstatningsansvar. I artiklen bekræfter forfatteren betænkningens konklusion men tilføjer, at der dog synes at være en vis tilbageholdenhed med at pålægge ansvar i nogle tilfælde. De i artiklen fremhævede tilfælde vedrører myndighedsudøvelse. Om offentligretligt erstatningsansvar se også *Orla Friis Jensen i Jens Garde m.fl.: Forvaltningsret, Almindelige emner, 2004*, kap. 9 og *Jon Andersen i Hans Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret, 2. udg. 2003*, s. 862 ff.

Nina von Hielmcrone og Trine Schultz

er tale om skrevne normer i form af lovgivning. For så vidt angår rådgivningspligt gælder dels forvaltningslovens § 7 dels særlige regler i den sociale lovgivning.

Det arbejde, der udføres i de dele af den kommunale forvaltning, der rådgiver om og administrerer den sociale lovgivning er karakteriseret ved flere specielle forhold. For det første er de borgere, der søger hjælp hos de sociale myndigheder generelt kendetegnet ved at have færre ressourcer i form af uddannelse, økonomi og netværk end gennemsnittet. Dertil kommer, at den sociale lovgivning er karakteriseret ved stor kompleksitet og detailrigdom, både hvad angår de enkelte sociale love, ved samspillet med de enkelte lovkomplekser og ved samspillet med regelsæt på andre områder som f.eks. det familieretlige eller pensionsretlige. For det tredje har de sociale myndigheder ikke kun til opgave at rådgive og træffe afgørelser vedrørende borgernes forhold. Kendetegnende er, at de afgørelser, der træffes, vedrører ret til sociale ydelser af forskellig art. Endelig er de kommunale sociale myndigheder ikke kun udstyret med kompetence til at træffe afgørelser om tilkendelse og udmåling af de sociale ydelser. Kommunerne skal i vidt omfang også finansiere samme ydelser.

Disse forhold gør, at der på dette område er fastsat en række normer for rådgivning og sagsbehandling, der ikke findes på andre offentlige forvaltningsområder.³³ Der gælder for det første normer for rådgivning og vejledning, der er mere detaljerede og specificerede, end hvad der efter ordlyden ligger i forvaltningslovens § 7. Disse normer betragtes

33. De generelle regler om sagsbehandling på det sociale område findes i lov om retssikkerhed og administration kapitel 2. Loven trådte i kraft den 1. juli 1998. På den ene side er der tale om en lovfæstelse af principper for, hvad der følger af god forvaltningsskik også på andre forvaltningsområder. På den anden side er nogle bestemmelser særegne for socialretten. De er udtryk for de særlige krav, der må stilles til forvaltning af offentligt socialt arbejde. Men også for disse bestemmelsers vedkommende er der tale om principper, der før retssikkerhedslovens ikrafttræden hørte under kategorien »god forvaltningsskik«. Reglerne er udtryk for en række principper for socialt arbejde, der dels er udviklet i socialt arbejdes metode dels er udtryk for god forvaltningsskik på det sociale område. Det drejer sig bl.a. om retssikkerhedslovens § 3, der indeholder et krav om hurtig sagsbehandling (hurtighedsprincippet), § 4, der indebærer en ret for borgeren til medinddragelse i sagsbehandlingen (dialogprincippet) og §§ 5 og 6, der indebærer en pligt til helhedsorienteret sagsbehandling og rådgivning.

Rådgiveransvar i offentligt socialt arbejde

som mere vidtgående og som indebærende et strengere ansvar, end hvad der gælder for andre offentlige myndigheder. Dertil kommer, at der i situationer, hvor der er tale om et rettighedstab, og hvor der er et sammenfald mellem den rådgivende myndighed og kompetenceinstansen i forhold til at uddele den pågældende ydelse, kan blive tale om reparation som alternativ til erstatning.

Netop vejlednings- og rådgivningspligten på det socialretlige område er genstand for denne artikel. Som følge af, at normerne for rådgivningspligten i vidt omfang er reguleret ved lov, indledes med en redegørelse for rådgivningspligtens indhold. Med dette udgangspunkt behandles spørgsmålet om mulige ansvarsfølger af urigtig eller manglende/mangelfuld rådgivning på grundlag af praksis hos Ombudsmanden, Ankestyrelsen og domstolene. I modsætning til andre rådgivningsområder er retspraksis meget sparsom på det sociale område, hvilket til en vis grad hænger sammen med, at der er et administrativt klagesystem, men sandsynligvis især at de rådsøgende generelt er ressourcetsvage. Endelig indebærer muligheden for at forelægge sagerne for Ombudsmanden, at behovet for domstolsprøvelse reduceres.

Artiklen afsluttes med overvejelser om, hvilke problemer der må forventes at følge af den igangværende digitalisering af forvaltningen.

2. Vejledningspligten

2.1 Forvaltningslovens § 7

I dette afsnit ser vi nærmere på den almindelige vejledningspligt i forvaltningslovens (Fvl) § 7. De socialretlige vejledningsbestemmelser er i vidt omfang udtryk for en lovfæstelse og præcisering af bestemmelsen, sådan som denne er blevet fortolket i praksis. Formålet er at redegøre for især Ombudsmandens praksis, idet denne delvist har dannet baggrunden for den detaljeringsgrad af vejledningspligten, vi i dag har på det socialretlige område.

Ifølge bestemmelsens ordlyd skal en myndighed rådgive og vejlede inden for sit eget område, og henvise til den rigtige myndighed hvor der er tale om henvendelser omhandlende spørgsmål, der falder uden for myndighedens sagsområde. Vejledningsforpligtelsen i Fvl § 7, stk. 1 er af meget upræcis karakter, og det kan være ganske vanskeligt generelt

Nina von Hielmcrone og Trine Schultz

at angive, i hvilket omfang myndighederne i det enkelte tilfælde skal yde vejledning og bistand.³⁴

I lovforslagets bemærkninger til bestemmelsen i § 7, stk. 1 (Folketingstidende 1985-86, tillæg A, sp. 130) fremgår det, at »Bestemmelsen indebærer, at der skal ydes fornøden vejledning afhængig af sagens karakter og de konkrete omstændigheder. Vejledning kan ydes skriftligt f.eks. som en trykt generel vejledning, som udleveres til alle, der retter henvendelse til myndigheden, eller som en individuel mundtlig vejledning eller efter omstændighederne på begge måder. Vejledningen bør sikre, at borgeren får tilstrækkelig orientering om de regler, der gælder på det pågældende forvaltningsområde, om hvilken fremgangsmåde der skal følges af den, der henvender sig til myndigheden, og om hvilke oplysninger, som skal tilvejebringes af borgeren.« (forfatternes fremhævelser). Det nærmere omfang af vejledningspligten i Fvl § 7 er uddybet i vejledningen til loven. Endvidere har især Ombudsmanden, men også domstolene, i en række sager bidraget til fortolkning af vejledningspligten.

I Justitsministeriets Vejledning om Forvaltningsloven (1986) pkt. 29-31 anføres det om vejledningspligtens form og indhold, at vejledningen bør ydes i den eller de former, der findes at give den bedste virkning over for borgerne, og at *vejledningens form og omfang i øvrigt vil afhænge af en konkret vurdering af den enkelte borgers behov og forudsætninger på det pågældende område og at vejledningens indhold og omfang må afpasses i forhold til borgerens forudsætninger og dennes eventuelle særlige personlige, eventuelt fysiske forhold.* (forfatternes fremhævelser)

Hvad der nærmere skal forstås ved vejledning i »fornødent omfang«, bør således ifølge lovforslagsbemærkninger og vejledning bero på en fortolkning, hvori den konkrete sags karakter og omstændigheder, herunder den radsøgendes særlige behov og forudsætninger, må tillægges særlig vægt. Som anført har især Ombudsmanden bidraget til en sådan fortolkning af vejledningspligten i Fvl § 7, og dermed været retningsgivende i forhold til hvad der nærmere hører ind under disse brede formuleringer (jf. nærmere nedenfor).

Ombudsmandens udtalelser viser, at han netop lægger vægt på lovforslagernes og vejledningens pointering af, at vejledningens form og

34. Jf. John Vøgtter: Forvaltningsloven med kommentarer, 1999, s. 206.

Rådgiveransvar i offentligt socialt arbejde

indhold må afhænge af en konkret vurdering af den enkelte borgers behov og forudsætninger.

I sagen refereret i *FOB 1990.240* udtalte Ombudsmanden, at forvaltningsmyndighederne i almindelighed bør sikre sig, at de bliver forstået af udlændinge, hvis sager de behandler. Genoptagelse af sagen kunne ikke afvises, idet myndigheden – ved ikke at have været opmærksom på dette forhold – havde begået vejledningsfejl. I *FOB 1991.150* udtalte Ombudsmanden, at det var bedst stemmende med principperne bag forvaltningslovens regler om vejledning og begrundelse, at danske myndigheder, som modtager udtalelser fra udenlandske myndigheder – såfremt udtalelsen indgår som et væsentligt led i den danske myndigheds afgørelser i forhold til danske borgere – tilbyder at være disse behjælpelig med en oversættelse af i hvert fald udtalelsens hovedindhold. I sagen *FOB 1987.102* synes Ombudsmanden at have fortolket vejledningspligten ganske vidtgående. Flere forhold gjorde sig gældende: der var for det første tale om vejledning vedr. lovgivning uden for myndighedens område. For det andet fandtes myndigheden at skulle være opsøgende i relation til den relevante regulering. Baggrunden herfor var, at myndigheden efter Ombudsmandens opfattelse havde en særlig omsorgsforpligtelse overfor den pågældende, hvilket måtte føre til en særlig vejledningspligt. Der var tale om en indsat under Kriminalforsorgen. Efter Ombudsmandens opfattelse burde der i vurderingen af, hvorvidt Kriminalforsorgen havde handlet ansvarspådragende, lægges vægt på, at indsatte befinder sig i et særligt afhængighedsforhold til fængselsvæsenet, idet de indsattes muligheder for at varetage egne interesser i vidt omfang er begrænsede gennem kontrolforanstaltninger og andre restriktioner fra fængselsvæsenets side. Et afhængighedsforhold, der ifølge Ombudsmanden måtte indebære en særlig pligt fra fængselsvæsenets side til at varetage de indsattes interesser, herunder bl.a. ved fornøden rådgivning og vejledning. Betydningen af borgerens individuelle forhold får også betydning, hvis den pågældende bistås af professionel rådgiver. I *FOB 1990.270* fandt Ombudsmanden omvendt, at den omstændighed, at myndigheden var bekendt med advokathjælp under sagen, i et vist omfang fritog myndigheden fra at vejlede om muligheden for hjælp. Det var Ombudsmandens opfattelse, at »inkasoskontoret med rette kunne forvente, at en advokat udover at undersøge muligheden for eftergivelse af bidragsgælden tilsvarende ville un-

Nina von Hielmcrone og Trine Schultz

dersøge mulighederne for afhjælpning af problemet ved henvendelse til socialforvaltningens bistandsafdeling.»

At sagens karakter har betydning for kravet til vejledning kan illustreres med en udtalelse i forbindelse med Ombudsmandens egen drift undersøgelse af sager om uansøgt afskedigelse i DSB og P&T jf. *FOB 1990.339*. Her lagde han vægt på dels de ansattes risiko for at lide retstab og dels det forhold, at der var tale om meget komplicerede regler. Ombudsmanden udtalte, at »Bestemmelsen forudsætter efter sin ordlyd, at der udgår et vist initiativ fra borgeren. En mere vidtgående pligt til for myndigheden af egen drift at vejlede kan findes i forhold til parter i afgørelsessager, særlig i tilfælde, hvor partens ukendskab til de gældende regler kan bevirke, at parten lider retstab eller dog bliver ringere stillet, end hvis parten havde kendskab til reglerne og disses betydning for parten«. Om retsgrundlaget og de pensionsberegninger, der i det konkrete tilfælde skulle foretages, anførte Ombudsmanden, at disse »er ganske komplicerede, og myndigheden har derfor efter min opfattelse en pligt til af egen drift, hvor bestemmelsen er aktuel, både at vejlede om bestemmelsen og om de økonomiske konsekvenser for parten af valget i det konkrete tilfælde«. Netop risikoen for retstab var også omdrejningspunktet i sagen *FOB 2002.509*.

Ombudsmandens fortolkning af Fvl § 7 er således i vidt omfang i overensstemmelse med lovens forarbejder, men i nogle af de her nævnte sager fra beretningerne går Ombudsmanden videre, end hvad der umiddelbart kan læses af loven, forarbejderne og vejledningen. Som det er refereret ovenfor om *FOB 1990.339* må bestemmelsen forstås sådan, at hvis myndigheden er i kontakt med en borger, der ikke direkte eller indirekte har anmodet om vejledning, er der også vejledningspligt, hvor det fremstår som naturligt og relevant at give en sådan.³⁵ Forvaltningen skal således være opmærksom på, om borgeren kunne have et behov for vejledning i videre omfang, og hvor forvaltningen er bekendt med et sådant vejledningsbehov hos borgeren, skal myndigheden tage initiativ til at få afhjulpnet dette gennem fornøden vejledning.³⁶ Ifølge lovforlagsbemærkningerne bør vejledningen sikre, at borgeren får tilstrækkelig orientering om de regler, der gælder på det pågældende forvalt-

35. Jf. *John Vøgtter*: Forvaltningsloven med kommentarer, 3. udg., 1999, s. 204.

36. Se bl.a. *Jens Garde m.fl.*: Forvaltningsret, Sagsbehandling, 5. udg., 2001, s. 125.

Rådgiveransvar i offentligt socialt arbejde

ningsområde, hvilket må skulle forstås ganske bredt. Hovedsynspunktet bag bestemmelsen er, at det skal undgås, at borgeren pga. fejl, uvidenhed eller misforståelser udsættes for et retstab, ligesom det skal tilstræbes, at borgeren forstår de problemer, som knytter sig til en given afgørelsessag.³⁷

I bedømmelsen af vejledningspligtens omfang og udstrækning må der således lægges vægt på de forhold, der stiller særlige krav til rådgivningen, herunder hvor der er tale om særligt komplicerede spørgsmål, risiko for retstab og særlige forhold hos borgeren. Den nuværende retstilstand må således anses for at være et resultat af en fortolkning af Fvl § 7, stk. 1, hvorved vejledningspligtens nærmere indhold er blevet præciseret gennem praksis, herunder navnlig ombudsmandspraksis.

2.2 Vejledningspligten i sociallovgivningen

De særlige regler på det socialretlige område, hvori vejledningspligten er blevet omsat i en socialretlig kontekst, er af en præciserende karakter og ofte fremhævet som havende et videregående indhold.

Ud over en helt generel vejledningspligt i retssikkerhedslovens (RL) § 5, rummer den sociale lovgivning generelle vejledningspligter, der relaterer sig til de enkelte loves formål og ydelser, f.eks. servicelovens § 3 og aktivlovens § 7. Herudover rummer de sociale love i rigt omfang andre specielle bestemmelser om rådgivning og vejledning, der supplerer disse forpligtelser, og som lovfæster en videregående vejledningspligt i forhold til svagere grupper, f.eks. servicelovens §§ 5, 67 og 68. Rådgivningsforpligtelsen varierer således i forhold til det enkelte område og kan være mere eller mindre vidtgående afhængig af de konkrete omstændigheder og personkredsens formodede vejledningsbehov.

Reglerne i de sociale love om rådgivning og vejledning er ikke nye, men udspringer af den tidlige bestemmelse i bistandslovens § 28, ifølge hvilken kommunalbestyrelsen kan »tilbyde enlige og familier vederlagsfri løbende vejledning og rådgivning og er forpligtet til ved opsøgende virksomhed at rette sådant tilbud til enhver, som må antages at trænge hertil«. Den nærmere rækkevidde af rådgivningsforpligtelsen ses uddybet i Socialministeriets cirkulære nr. 145 af 12. december 1986 om rådgivning og tilsyn efter bistandsloven. De nugældende bestemmelser

37. Jf. *Jens Garde* m.fl.: *Forvaltningsret, Sagsbehandling*, 5. udg., 2001, s. 124 f.

Nina von Hielmcrone og Trine Schultz

i særligt serviceloven skal ses som et ønske om at præcisere og tydeliggøre vejledningspligtens omfang overfor bestemte målgrupper.³⁸ De særlige rådgivningsforpligtelser er således i den nuværende lovgivning beskrevet i særskilte bestemmelser for at understrege vigtigheden af, at der gøres en særlig indsats overfor de borgere, der har særlige behov. Der er ikke tilsigtet ændringer i forhold til den hidtil gældende retstilstand og den brede målgruppe for indsatsen i serviceloven er den samme som i bistandsloven. Ved at udskille vejledningsforpligtelsen i de forskellige socialretlige love og yderligere præcisere denne i forhold til de relevante målgrupper, har man forsøgt at imødegå det faktum, at omfanget af forpligtelsen efter Fvl § 7, stk. 1, og bistandslovens § 28 efter bestemmelseernes sproglige udformning ikke er nærmere præciseret, jf. nærmere nedenfor.

Den centrale bestemmelse om vejledning og rådgivning på det sociale område findes i retssikkerhedslovens bestemmelse om helhedsprincippet. Denne helt generelle rådgivnings- og vejledningsforpligtelse i RL § 5 er så at sige indbygget i bestemmelsens anden forpligtelse, nemlig den helhedsorienterede sagsbehandling. At forvaltningen skal behandle ansøgninger om hjælp bredt, betyder således, at borgeren også – hvis det er nødvendigt – skal have tilbud om rådgivning og vejledning. Rådgiveren skal være opmærksom på, om der i forbindelse med en sag kommer oplysninger frem, som kunne tyde på, at borgeren er berettiget til en social ydelse, uden at borgeren selv er opmærksom på det. Ankestyrelsen fandt f.eks. i SM D-19-02, at kommunen i forbindelse med en lønmodtagers anmodning om kontanthjælp burde have overvejet, om der i stedet for skulle have været udbetalt sygedagpenge, selvom han formelt ikke forinden havde indgivet ansøgning herom, og vejledt lønmodtageren om, at han skulle søge om sygedagpenge, jf. RL § 5. Ankestyrelsen fandt, at lønmodtageren havde ret til sygedagpenge under forrevalidering.

Rådgivningspligten i RL § 5 består ligesom forpligtelsen i Fvl § 7 af to led. For det første af en bred vejlednings- og rådgivningspligt i forhold til det sociale område og for det andet en henvisningsforpligtelse hvor hjælpen kan søges hos en anden myndighed eller efter anden lovgivning. Bestemmelsen i RL § 5 er, ifølge Ombudsmanden og An-

38. Jf. LF 229 Folketingstidende 1996-97, tillæg A, s. 4942-3 og 4976-7.

Rådgiveransvar i offentligt socialt arbejde

kestyrelsen, ikke blot en lovfæstelse af den almindelige vejledningsforpligtelse for forvaltningsmyndigheder, jf. Fvl § 7. Ombudsmanden har således i nyere udtalelser fundet, at bestemmelsen yderligere skærper den almindelige vejledningspligt, jf. f.eks. *FOB 2002.340*.³⁹ En kvinde modtog med få dages mellemrum to afgørelser fra en kommune om henholdsvis førtidspension og sygedagpenge. Kvinden, der på grund af ordblindhed havde svært ved at læse kommunens afgørelser mv., fik hjælp af kommunen til at udforme en klage. Denne klage vedrørte imidlertid kun sygedagpengesagen. Da kvinden senere klagede over afgørelsen i førtidspensionssagen, afviste det sociale nævn at behandle sagen som følge af at klagefristen var overskredet. Ombudsmanden udtalte, at retssikkerhedslovens § 5 indebærer, at myndighedernes almindelige vejledningspligt er skærpet på det sociale område. Kommunens vejledningspligt i sagen var yderligere skærpet som følge af kvindens kommunikationsproblem. Ombudsmanden mente herefter, at kommunen på eget initiativ burde have inddraget spørgsmålet om, hvorvidt kvinden ønskede at klage over afgørelsen om førtidspension. Ombudsmanden fandt, at der som følge af sagens omstændigheder var grundlag for at dispensere fra klagefristen, og henstillede til det sociale nævn at genoptage sagen.

Også Ankestyrelsen har lagt til grund, at der efter RL § 5 gælder en skærpet vejledningspligt for kommunerne i sociale sager. I SM C-13-04 fandt Ankestyrelsen, at en mors ansøgning om ansættelse til pasning af en alvorligt syg datter i hjemmet, jf. SEL § 103 a, ikke kunne afslås med, at moderen tidligere i en periode havde været ansat til pasning af datteren, således at hun ikke havde ret til en ny ansættelsesperiode. Ankestyrelsen henviste til, at der kan bevilges ansættelse til pasning af nærtstående med handicap eller alvorlig sygdom i hjemmet i en sammenhængende periode på op til seks måneder, men at ansættelsesperioden efter ønske fra ansøgeren kan opdeles i to perioder, hvis det er aftalt ved begyndelsen af ansættelsesforholdet. Muligheden for at opdele ansættelsesperioden i to perioder forudsætter imidlertid, at ansø-

39. Se også *FOB 1989.168* om betydningen af bistandslovens § 28, hvor ombudsmanden udtalte, at »Bestemmelsen må betragtes som en lovfæstelse og samtidig en skærpelse på det sociale område af en almindelig pligt for forvaltningsmyndigheder til at vejlede parterne om deres rettigheder, jf. herved forvaltningslovens § 7 og Justitsministeriets Vejledning om Forvaltningsloven (1986) pkt. 29-31.«

Nina von Hielmcrone og Trine Schultz

geren er tilstrækkeligt vejledt herom inden ansættelsesforholdet indgås. Ankestyrelsen fandt, at kommunens vejledning ved den første ansættelse havde været så mangelfuld, at moderen skulle stilles som om, hun fra begyndelsen havde fået fyldestgørende vejledning om betingelserne for opdeling af ansættelsesperioden samt konsekvensen af en ansættelsesperiode på mindre end seks måneder. Ankestyrelsen lagde vægt på, at kommunen ikke havde dokumenteret, at bestemmelsen i SEL § 103 a var sendt til moderen forud for kommunens bevilling af ansættelse indtil datterens indlæggelse. Ankestyrelsen fandt således ikke, at det var tilstrækkeligt, at kommunens medarbejder ved et hjemmebesøg mundtligt havde orienteret moderen om reglerne, herunder at der kun kan bevilges ansættelse efter § 103 a én gang. Ankestyrelsen lagde blandt andet vægt på den belastede situation, som moderen befandt sig i som følge af datterens alvorlige sygdom.

Hverken Ombudsmanden eller Ankestyrelsen begrunder nærmere, hvorfor de mener, at bestemmelsen i RL § 5 er udtryk for en skærpet vejledningspligt, men forholder sig alene til det særlige vejledningsbehov, der gjorde sig gældende i de konkrete sager, og som medførte, at vejledningspligten var skærpet. Umiddelbart synes ombudsmanden, jf. ovenfor om praksis vedr. Fvl § 7, at ville være kommet frem til et tilsvarende resultat også uden henvisning til RL § 5 eller i øvrigt rådgivningspligter på det sociale område. Den situationsbestemte rådgivning bliver således styrende for rådgivningsintensiteten og dermed for om rådgivningspligten kan siges at være skærpet. At man på det socialretlige område har statueret et særligt strengt ansvar i forhold til vejlednings- og rådgivningsfejl fra en offentlig myndighed, er således ikke alene et resultat af bestemmelsen i RL § 5, men kan henføres til de særlige forhold der gør sig gældende på området, hvor der er tale om et generelt ressourcesvagt klientel. Den videregående eller skærpede vejledningspligt bliver som en naturlig følge heraf meget mere synlig på det socialretlige område i forhold til andre områder. Hvor kravene til vejledning og rådgivning således typisk skærpes, når der er tale om (eller formodes at være tale om) svage grupper med et større behov for vejledning, vil vejledningspligten omvendt være mindsket, hvor borgeren har relevant rådgivningsbistand fra f.eks. advokat, og hvor der således ikke kan formodes at være et behov for videregående vejledning, jf. den tidligere omtale *FOB 1990.270*.

3. Følger af vejledningsfejl

3.1 Ansvarsgrundlaget

Betingelsen, for at en skadelidt kan tilkendes erstatning eller anden genoprettelse, er traditionelt, at tabet er forvoldt ved en handling eller undladelse, der kan tilregnes skadevolder som culpøs. Kravet om culpa gælder også for offentlige, herunder sociale myndigheder.⁴⁰ Afgørelsen af, om der foreligger culpøs adfærd fra myndighedens side, dvs. om der foreligger ansvarspådragende fejl eller forsømmelse, træffes ud fra den såkaldte professionsmålestok,⁴¹ hvorefter grundlaget for vurderingen er, at den pågældende forudsættes at have en særlig faglig viden, der danner baggrund for hans virksomhed. Afgørende er således, om der i den konkrete situation er udvist den omhu og faglige dygtighed, som man med rimelighed kan forlange af den pågældende professions udøvere.⁴² Svaret på, om en myndighed har handlet i overensstemmelse med, hvad der med rimelighed kan forlanges, kan i vidt omfang findes i de forskrifter, der er fastsat for myndigheden. For sociale myndigheder gælder primært forskrifterne i den sociale lovgivning, der pålægger pligt til rådgivning og vejledning, jfr. afsnittet ovenfor om vejledningspligten. Tilsidesættelse af forskrifter er ikke i sig selv ansvarspådragende. Den skal være udtryk for en særligt værnet interesse, og domstolene vil ved afgørelsen af, om der skal pålægges erstatningsansvar tage hensyn til, om der foreligger undskyldelige omstændigheder m.v.⁴³

3.1.1 Professionsnormen

Pligter, der kan være relevante for spørgsmålet om erstatning eller erstatningslignende retsfølger, er for sociale myndigheder i første række pligten til at yde rådgivning og vejledning i henhold til forvaltningslo-

40. Jf. Poul Andersen i Betænkning nr. 214.1959, *Henning Skovgaard* (1983) i Offentlige myndigheders erstatningsansvar. Gad 1982. s. 51.

41. Vi vil ikke her gå ind i diskussionen af betimeligheden af begrebet. Der henvises til *Lars Bo Langsted: Rådgivning I – det professionelle erstatningsansvar*. Forlaget Thomson. 2004 s. 242 ff.

42. Se *A. Vinding Kruse: Erstatningsretten* (1990) s. 105 f., *Samuelsson og Søgaard: Rådgiveransvaret* (1993) s. 14 ff.

43. Om tendenser i praksis se *Gomard: Offentlige myndigheders erstatningsansvar i UfR 2004B.383*.

Nina von Hielmcrone og Trine Schultz

vens § 7 og den sociale lovgivning. Socialforvaltningernes vejledningspligt er mere omfattende, end hvad der gælder for andre offentlige myndigheder og a-kasserne – både for så vidt angår indhold, dvs. hvilke forhold, myndigheden er forpligtet til at rådgive om, og for så vidt angår form, idet der i visse tilfælde er pligt til at øve opsøgende virksomhed. Om vejledningspligtens omfang kan begrundes i vejledningsbestemmelsernes ordlyd eller med de særlige karakteristika, der gælder for det sociale område, må siges i denne sammenhæng at have mindre betydning, jfr. redegørelsen ovenfor om diskussionen af praksis vedrørende Fvl § 7 sammenholdt med vejledningsreglerne i den sociale lovgivning. At forsvarlighedsvurderingen sker efter en professionsmålestok viser sig derved, at grundlaget for bedømmelsen af, om der er udvist fejl eller forsømmelser i forbindelse med rådgivning og vejledning, er, at rådgiveren forventes at være i besiddelse af den fornødne faglige indsigt, f.eks. kendskab til den lovgivning, der skal rådgives om. Da der ikke kun er pligt til at forholde sig til de spørgsmål, klienten måtte stille, men også til at øve opsøgende virksomhed, indebærer kravet om professionalitet i rådgivningen, at sagsbehandleren skal være i stand til at opfange problemer eller muligheder, som klienten ikke spørger om, inden for det område, rådgivningspligten omfatter. Dette område er for de kommunale socialforvaltninger meget bredt. Der kan således blive tale om ansvar ikke blot for rådgivningsfejl, men også for forsømmelse af at yde relevant rådgivning. Manglende rådgivning kan medføre pligt til reparation i tilfælde, hvor borgeren f.eks. pga. uvidenhed er gået glip af en ydelse⁴⁴, ligesom fejlagtig rådgivning, der medfører tab, vil kunne føre til krav om reparation eller erstatning.⁴⁵

44. Ombudsmanden udtrykker i *FOB 1989* s. 168 denne pligt således: »Det følger af den almindeligt gældende vejledningspligt, at de sociale myndigheder har pligt til, når en sags omstændigheder peger i retning af, at en klient kan være berettiget til at modtage en ydelse, der forudsætter indgivelse af en ansøgning, at underrette klienten om denne mulighed«. Og om retsfølgen – reparation: »Det følger af almindelige forvaltningsretlige principper, at manglende eller mangelfuld vejledning efter omstændighederne får den retlige virkning, at den pågældende stilles, som behørig vejledning var givet«.

45. Om tab i forbindelse med (hhv. en fagforenings og en arbejdsløshedskasses) fejlagtig(e) rådgivning vedrørende ret til efterløn, se *UfR 1991.903 H* og *UfR 1995.84 Ø*. *UfR 1996.1288 V* pålagde en arbejdsformidling erstatningsansvar for forkert rådgivning om ret til arbejdsløshedsdagpenge. I sagen *UfR 1983.1096* pålagdes en kommune erstatningsansvar pga. utilstrækkelig rådgivning.

Rådgiveransvar i offentligt socialt arbejde

Ser man nærmere på, hvad professionsnormen indebærer, viser praksis, at kravene til personalets kendskab til den sociale lovgivning i overensstemmelse med den meget omfattende rådgivningspligt, er meget strenge.

Rådgiveren har pligt til at rådgive om klientens retsstilling inden for det lovområde, rådgivningspligten omfatter. Det forhold, at de kommunale socialforvaltninger er opdelt i forskellige afdelinger, fritager ikke rådgiverne for pligten til at rådgive også om spørgsmål, som ifølge den lokale organisation henhører under en anden afdeling. Således er en person, der arbejder med revalideringssager i henhold til aktivloven, forpligtet til at rådgive også om boligstøtte og familieydelse, evt. ved henvisning til de relevante afdelinger. Rådgiveren forudsættes således at have et indgående kendskab til regelsættet og til samspillet mellem forskellige regelsæt.

Kravene er ikke altid begrænset til at omfatte kendskab til den lovgivning, myndigheden selv forvalter.

Hvor lovgivningen er således udformet, at der er en sammenhæng mellem forskellige regelsæt og deres administration, må de i forhold til den enkeltes retsstilling vurderes som en helhed. Det gælder også, hvor regelsættene administreres af forskellige myndigheder.

Således fremgår det af præmisserne for dommen refereret i *UfR 1996.1288 V*, hvorved en arbejdsformidling blev pålagt erstatningsansvar for forkert rådgivning om arbejdsløshedsdagpenge, at hvor der er en sådan sammenhæng, kan rådgiveren ikke påberåbe sig, at rådgivningen vedrører et kompliceret samspil mellem flere regelsæt.

For rådgivere i de kommunale socialforvaltninger omfatter rådgivningspligten i et vist omfang f.eks. også rådgivning om den familieretlige lovgivning.

Behovet for rådgivning er netop markant, hvor den radsøgende på grund af lovgivningens kompleksitet ikke selv har mulighed for at orientere sig. Det indebærer, at rådgiverens opmærksomhed på rådgivningsbehovet må skærpes netop i sådanne tilfælde. Det gælder i særlig grad, hvor klienten risikerer at lide retstab, se ovenfor om *FOB 1990 s. 357*.

Ukendskab til retsgrundlaget vil således som udgangspunkt ikke disskulpere. I overensstemmelse med, hvad der i øvrigt gælder for profes-

Nina von Hielmcrone og Trine Schultz

sionelle rådgivere, er ansvaret mindre strengt, hvor rådgivningen vedrører tvivlsomme retsspørgsmål.⁴⁶

3.2 Erstatning og reparation.

Den gængse retsfølge af ansvarspådragende adfærd er genopretning i form af erstatning. Det gælder i princippet også på det sociale område. I de domme, der er omtalt i note 45 (*UfR 1991.903 H*, *UfR 1995.84 Ø* og *UfR 1996.1288 V*) blev en fagforening, en arbejdsløshedskasse og en arbejdsformidling pålagt erstatningsansvar for urigtig vejledning. Var en tilsvarende rådgivning ydet af en social myndighed, er der intet, der taler for, at sagerne havde fået et andet udfald.

Der er imidlertid kun ganske få domme, der vedrører erstatningsansvar for urigtig eller mangelfuld rådgivning ydet af de sociale myndigheder. De domme, der er refereret i *UfR 1983.1096 V*, *UfR 1983.954 V* og *UfR 2004.955 Ø* kan ikke bidrage væsentligt til at belyse spørgsmålet om erstatningsansvar for vejledningsfejl, herunder om professionsansvarsbedømmelsen. Den nyeste dom *UfR 2004.2244 H* vil blive omtalt nedenfor.

Der er derimod i de senere år afsagt domme, der behandler spørgsmålet om erstatningsansvar for manglende overholdelse af de særlige sagsbehandlingsregler i den sociale lovgivning.⁴⁷

Retsfølgen reparation er derimod ofte anvendt til kompensation af tab forårsaget af tilsidesættelse af pligten til vejledning og rådgivning.

Dette princip synes i øvrigt at gå under flere betegnelser. F.eks. anvender Henning Skovgaard begrebet realudligning⁴⁸, John Vogter

46. Se nærmere herom *Vinding Kruse: Advokatansvaret*, 1990, kap. 4. smh. med kap. 2.

47. Dom afsagt af Retten i Sønderborg d. 30. juni 2005 i sag nr. BS 1068/2004, dom afsagt af Østre Landsret d. 24. maj 2005 i a.s. nr. B-2036-03, Højesterets dom af sag d. 25. maj 2005 i sag 41/2004, dommene refereret i *UfR 2000.1125 H* og *UfR 2001.956 Ø*, Glostrup Rets dom af 12.07.2001 i sag nr. BS 589/2000. Dom afsagt af Retten i Frederikshavn d. 29. marts 1995, af retten i Viborg d. 28.09.2001. BS 1-1136/2000. Vestre Landsrets dom af 23.10.02 i B-2393-01. Dom afsagt af retten i Randers d. 2. juni 2003 i sag nr. BS 1-269/2002. Nogle af dommene hidrører fra perioden før ikrafttræden af lov om retssikkerhed og administration på det sociale område d. 1. juli 1998, hvor en række sagsbehandlingsregler, der hidtil havde hørt under kategorien »god forvaltningsskik« blev lovfæstet.

48. *Henning Skovgaard* anfører i sin doktorafhandling fra 1983 om offentlige myndigheders erstatningsansvar, at realudligningskrav må påkalde sig betydelig interesse, fordi tabsudligningen jævnligt fører til mindre tilfredsstillende resultater bl.a. på grund af vanskeligheder ved dokumentation for tabet, og fordi den primære ret – den almindelige

Rådgiveransvar i offentligt socialt arbejde

taler om rettelse og andre igen anvender begreberne reparation eller genopretning.⁴⁹ Forskellen i betegnelse dækker ikke i alle tilfælde over indholdsmæssige forskelle. Dog synes Skovgaards begreb at have det bredeste anvendelsesområde.⁵⁰

I det følgende anvendes betegnelsen reparation om det forhold, at borgeren – i tilfælde af vejledningsmangler af betydning for borgerens dispositioner – stilles som om der var givet korrekt og fyldestgørende vejledning.⁵¹

Fælles for ansvarsfølgerne erstatning og reparation er, at der sker en udligning af det tab den manglende iagttagelse af pligtenormerne har medført. Det kan være økonomisk udligning i form af en erstatning eller realudligning/reparation. Hvor den almindelige tabsudligning er en erstatning i penge, når der er lidt et tab, og der kan konstateres et erstatningskrav, er reparation »genoprettelse in natura« en real eliminering af skaden, f.eks. i form af udbetaling af en ydelse som ikke kan opnås efter gældende regler.

Betingelsen for anvendelse af reparation er, at den rådgivende myndighed samtidig har kompetence til at træffe afgørelse om tilkendelse og udmåling af ydelsen.

Reparation betyder således i praksis en genopretning af borgerens retsstilling i det administrative system i tilfælde, hvor en ret til ydelse

forvaltningsret – har åbenbare vanskeligheder ved at skabe en tilfredsstillende beskyttelse for interessen i realkravet alene ud fra de tillids- og forventningssynspunkter, som præger privatretten. Jf. *Henning Skovgaard: Offentlige myndigheders erstatningsansvar*, 1983, s. 35-36. Se også samme side 304 ff. om realudligning som følge af undladt vejledning eller urigtig oplysning.

49. Se også *John Vogter: Forvaltningsloven med kommentarer*, 3. udg. (1999), s. 218 ff. og *Jon Andersen: Juristen* 1990, s. 311 ff. samt *Socialforvaltningsret*, 2004, s. 187 f. og 301 f.

50. Ved behandlingen af realudligningskravet sonderer Henning Skovgaard mellem *berigtigelseskrav* – der forlanger en aktiv indsats fra myndighedens side for at udligne allerede indtrådte negative virkninger af egen tidligere adfærd, dvs. at myndigheden giver den forurettede part den faktiske eller retlige stilling, som denne ville have haft uden det forhold, som begrunder et ansvar – og *fastholdelseskrav* – som dels går ud på det diametralt modsatte, nemlig at myndigheden *ikke* berigtiger sin tidligere adfærd (f.eks. fastholdelse af en ugyldig tilladelse, som efter almindelige regler burde annulleres), dels mere almindeligt vedstår sine tidligere tilkendegivelser (f.eks. at vedstå en urigtig forhåndsbesked, som efter almindelige regler ikke burde lægges til grund for den endelige afgørelse). Jf. *Henning Skovgaard: Offentlige myndigheders erstatningsansvar*, 1983, s. 269 og 285.

51. Begrebet omfatter således i denne sammenhæng ikke f.eks. spørgsmålet om frafald af tilbagebetalingskrav. Herom henvises til *Nina v. Hielmcrone: Tilbagebetaling af sociale ydelser* – et erstatningsretligt perspektiv. Jurainformation. 2002.

Nina von Hielmcrone og Trine Schultz

er fortabt som følge af f.eks. forkert eller manglende vejledning. Det vil sige, at den enkelte borger bliver stillet, som om der fra begyndelsen var givet en korrekt vejledning.

Denne mulighed for kompensation er efter al sandsynlighed – sammen med det forhold, at barrieren for at henvende sig til domstolene generelt er høj for borgere, der søger ydelser efter den sociale lovgivning – en væsentlig årsag til det meget ringe antal domme på området.

Begrebet er ikke reguleret i lovgivningen, men er et forvaltningsretligt begreb, der er udviklet af Ombudsmanden, om end han ikke anvender begrebet »reparation«.

I flere udtalelser har Ombudsmanden imidlertid anført om princippet, at »det følger af almindelige forvaltningsretlige principper, at manglende eller mangelfuld vejledning efter omstændighederne får den retlige virkning, at den pågældende bør stilles på den måde, som behørig vejledning ville have medført.« Jf. f.eks. Ombudsmandens udtalelser i sagerne som er refereret i *FOB 1989.168*, *FOB 1990.240* og *FOB 2002.509*. Typisk vil dette indebære, at parten får hjælp med tilbagevirkende kraft fra det tidspunkt, hvor han kunne have givet ansøgning om hjælp, såfremt han havde fået korrekt vejledning.⁵² I *FOB 1989.168* var der ikke givet behørig rådgivning om retten til børnetilskud, som borgeren på rådgivningstidspunktet opfyldte betingelserne for. Først senere blev borgeren opmærksom på muligheden. Borgeren var, efter Ombudsmandens opfattelse, berettiget til børnetilskud allerede fra den første henvendelse og henstillede til myndigheden at genoptage sagen til fornyet behandling.

I *FOB 2002.509* klagede en kvinde over at en kommune først tilbød hende et fuldtids fleksjob ca. 1½ år efter, at reglerne herom var trådt i kraft. Hun var før reglernes ikrafttræden ansat i beskyttet beskæftigelse med løntilskud, og hun ønskede en fuldtidsstilling, men havde i hele

52. Jf. *Jon Andersen*: Socialforvaltningsret, 2004, s. 187. Han anfører i tilknytning hertil om Fvl § 7, stk. 2, at hvis en skriftlig henvendelse ikke er blevet videresendt som foreskrevet i bestemmelsen, betragtes denne som indgivet til rette myndighed fra det tidspunkt, da den forpligtede myndighed modtog henvendelsen. Se også *U 1996.803 H* og *John Vogter*: Forvaltningsloven med kommentarer, 3. udg. (1999), s. 218. Dvs. også en form for reparation eller rettelse efter realudligningsprincippet, men her opstår der ikke nogen tvivl om ansvarsfølgen. Tilsidesættelse af den præcise vejledningspligt i Fvl § 7, stk. 2 må, ligesom tilsidesættelse af pligten til klagevejledning i Fvl § 25, stk. 1, sanktioneres med rettelse, således at den pågældende – så vidt det lader sig gøre – stilles, som om vejledningspligten var opfyldt. Jf. *Jon Andersen*: Juristen nr. 7, 1990, s. 314.

Rådgiveransvar i offentligt socialt arbejde

perioden kun haft en deltidsstilling. Kvinden ønskede nu, at kommunen skulle godtgøre hende lønforskellen. Ombudsmanden udtalte, at det var meget kritisabelt, at kommunen først tilbød kvinden en fuldtidsstilling mere end 1½ år efter, at reglerne om fleksjob blev indført. Ombudsmanden mente også, at kommunen havde tilsidesat sin vejledningspligt i væsentligt omfang ved ikke at have oplyst kvinden om de nye regler eller på anden måde at have fulgt op på hendes sag. Han udtalte, at »Det følger af almindelige forvaltningsretlige principper at manglende eller mangelfuld vejledning efter omstændighederne fører til at den berørte borger bør stilles som om myndighederne havde ydet en korrekt og fyldestgørende vejledning og borgeren havde handlet i overensstemmelse hermed. Det må i den forbindelse tillægges særlig vægt, hvis borgerens opnåelse af en rettighed – således som det var tilfældet i den foreliggende sag – ikke er afhængig af at borgeren indgiver en ansøgning eller lignende til myndighederne.« Ombudsmanden mente derfor ikke, at det kunne udelukkes, at kvinden skulle stilles, som om hun ved reglernes ikrafttræden havde fået tilbudt – og påbegyndt – et fleksjob på fuld tid, og henstillede derfor til kommunen at genoptage sagen med henblik på at få afklaret, i hvilket omfang kommunen var forpligtet til at yde kvinden en økonomisk kompensation. Baggrunden for denne formulering var, at en endelig bedømmelse fordrede, at der blev tilvejebragt yderligere oplysninger i sagen.

Denne ombudsmandudtalelse er senere fulgt af dommen refereret i *UfR 2004.2244 H* (dissens) i en tilsvarende sag. I denne sag fandt Højesteret, at kommunen havde handlet ansvarspådragende ved ikke at tilbyde en kvinde fleksjob på fuld tid. Kommunen havde tilbudt ansættelse på halv tid og procederede bl.a. på, at kvinden ikke havde ønsket fuldtidsansættelse. Højesterets flertal fandt, at kvinden ikke i forbindelse med møder med kommunen fik tilstrækkelig vejledning om de nye regler om fleksjob på fuld tid med mulighed for nedsættelse af arbejdstiden uden lønreduktion, ligesom hun ikke fik tilbudt en sådan ansættelse. Retten fandt, at hendes stillingtagen (til spørgsmålet om ansættelsens omfang) kunne være påvirket af, at hun ikke havde modtaget fornøden vejledning om de nye regler. Hendes ønske om en arbejdstid på 20 timer ugentligt berettigede derfor ikke kommunen til alene at tilbyde hende et fleksjob på deltid. På denne baggrund fandt flertallet, at kommunens tilsidesættelse af pligten til at tilbyde et fleksjob på fuld tid – en pligt, der fulgte klart af loven – var ansvarspådra-

Nina von Hielmcrone og Trine Schultz

gende. Kommunen skulle derfor betale erstatning svarende til forskellen mellem den udbetalte løn og lønnen for 37 timer ugentligt.

I de to sager lægger hhv. Ombudsmanden og Højesteret vægt på, at der efter loven var en klar pligt for kommunen til at tilbyde fuldtidsfleksjob. Ombudsmanden udtaler sig imidlertid klart om vejledningsmanglen og dens mulige implikation – pligten til reparation, mens det er usikkert, om Højesteret ville være nået til samme resultat, hvis der kun havde foreligget vejledningsmangel. Det forhold, at retten i præmisserne anfører, at den manglende vejledning kan have haft indflydelse på hendes ønske om ansættelsestid, må ses i sammenhæng med konklusionen: At kommunen havde undladt at tilbyde fleksjob på fuld tid. På grund af den manglende vejledning kunne kommunen derfor ikke påberåbe sig, at hun havde givet udtryk for et ønske om deltidsansættelse.⁵³

Ombudsmandens anvendelse af princippet har haft afsmittende virkning på de sociale ankeinstanser. Som eksempler fra Ankestyrelsens praksis, hvor en borger har fået tilkendt en ret efter realudligningsprincippet, kan nævnes: *SM B-1-89*⁵⁴, *SM P-7-02*⁵⁵ og *SM C-13-04*.

53. *Jon Andersen* anfører om dommen (Socialforvaltningsret. Nyt Juridisk Forlag 2004 s. 301), at den »viser, at der til trods for den strenge bedømmelse af vejledningsfejl er en forskel på erstatningsvurderinger og gyldighedsvurderinger. Havde A søgt om men med urette fået afslag på fuldtids fleksjob ville der ikke have været plads for en selvstændig stillingtagen til om kommunen havde kunnet bebrejdes noget i forbindelse med sagens behandling«.

54. Ankestyrelsen fandt i sagen, at en kommune ikke havde opfyldt sin vejlednings- og rådgivningsforpligtelse ved ikke at orientere om muligheden for udbetaling af ordinært og ekstra børnetilskud, da ansøger anmodede socialforvaltningen om hjælp i forbindelse med sin søns fødsel. Socialforvaltningen orienterede først om muligheden for udbetaling af børnetilskud senere og dermed var fristen for ansøgning om de nævnte tilskud udløbet for det efterfølgende kvartal. Ansøgningen om børnetilskud ansås for indgivet rettidigt. Det indgik i Ankestyrelsens overvejelser, at det sociale udvalg efter bistandslovens § 28 har en forpligtelse til at tilbyde rådgivning og vejledning til enhver, som må antages at trænge hertil, og at socialforvaltningen, som udbetalte kontanthjælp til ansøger efter bistandsloven i forbindelse med fødslen, således var fuldt ud orienteret om ansøgers situation.

55. Sagen drejede sig om en pensionist, der modtog medicinhjælp, og som flyttede til en anden kommune. Først efter 9 måneder søgte hun om medicintilskud i tilflytningskommunen, men anmodede om hjælpen med tilbagevirkende kraft for medicin, hun havde modtaget siden flytningen til kommunen. Ankestyrelsen lagde til grund, at det faste forvaltningsretlige grundprincip om, at der skal søges om hjælp, før behandlingen/udgiften iværksættes, også gælder ved en pensionists flytning til en ny kommune. Der er herved lagt vægt på, at personligt tillæg afhænger af en konkret individuel vurdering i bopælskommunen og ikke ydes på samme måde som sociale sikringsydelser efter gene-

Rådgiveransvar i offentligt socialt arbejde

Ganske markant er sidstnævnte sag til belysning af konsekvenserne af mangelfuld rådgivning og vejledning. Sagen er imidlertid også et eksempel på, at det kan være svært præcist at angive forskellen mellem reparation og erstatning, idet denne kan forekomme at være glidende.⁵⁶ I *SM C-13-04* fandt Ankestyrelsen, at en mors ansøgning om ansættelse til pasning af en alvorligt syg datter i hjemmet ikke kunne afslås med, at moderen tidligere i en periode havde været ansat til pasning af datteren, således at hun ikke havde ret til en ny ansættelsesperiode. Ankestyrelsen henviste til, at der kan bevilges ansættelse til pasning af nærtstående med handicap eller alvorlig sygdom i hjemmet i en sammenhængende periode på op til seks måneder, men at ansættelsesperioden efter ønske fra ansøgeren kan opdeles i to perioder, hvis det er aftalt ved begyndelsen af ansættelsesforholdet. Muligheden for at opdele ansættelsesperioden i to perioder forudsætter imidlertid, at ansøgeren er tilstrækkeligt vejledt herom inden ansættelsesforholdet indgås. Ankestyrelsen fandt, at kommunens vejledning ved den første ansættelse havde været så mangelfuld, at moderen skulle stilles som om, hun fra begyndelsen havde fået fyldestgørende vejledning om betingelserne for opdeling af ansættelsesperioden samt konsekvensen af en ansættelsesperiode på mindre end seks måneder. Moderens ansøgning om yderligere ansættelse til pasning af datteren i hjemmet blev derfor hjemvist til ny behandling i kommunen.

Den nye afgørelse måtte følgelig gå ud på, at moderen fik ansættelse med tilbagevirkende kraft, idet hun jo havde taget orlov fra sit arbejde i forbindelse med pasningen ad datteren. Ifølge Jon Andersen må det

relle kriterier, der er fastlagt i loven. Det må afhænge af en nærmere konkret vurdering af det enkelte tilfælde, om der har foreligget en vejledningspligt, der har været tilsidesat. Der må bl.a. tages hensyn til, i hvilket omfang ansøger allerede har modtaget vejledning i fraflytningskommunen. Ankestyrelsen fandt i det konkrete tilfælde, at tilflytningskommunen burde have vejledt ansøgeren om nødvendigheden af at indgive ny ansøgning. Der er lagt vægt på, at det fremgik af pensionssagen, at ansøgeren modtog medicinhjælp, at kommunen ved udbetaling af de øvrige beløb måtte kunne påregne, at ansøgeren ikke fandt anledning til at henvende sig til kommunen, at der ikke forelå oplysning om, at fraflytningskommunen havde orienteret ansøgeren om, at medicinkort kun var bevilget under ansøgerens bopæl i den pågældende kommune, at der ikke var oplysning om ændringer i ansøgerens situation udover flytningen, og at kommunen umiddelbart på det foreliggende grundlag fandt ansøgeren berettiget til medicinkort. Afgørelsen medførte, at borgeren trods den manglende vejledning blev stillet som om, der var givet korrekt rådgivning.

56. Se *Jon Andersen: Socialforvaltningsret*, 2004, s. 301-302.

Nina von Hielmcrone og Trine Schultz

nærmest være en smagssag, om det engangsbeløb i løn hun således skulle have, som dækning for den periode der var gået inden sagen havde fået sin afklaring, kaldes en erstatning eller realudligning.⁵⁷

Som nævnt er retspraksis vedrørende vejledningsmangler på det sociale område sparsom. Er der ydet urigtig vejledning, vil domstolene være tilbøjelige til at statuere erstatningsansvar, og ansvarsbedømmelsen sker ud fra en streng målestok. Det ses bl.a. af dommen refereret i *UfR 1995.84 Ø*.⁵⁸ Bedømmelsen af urigtig rådgivning hviler imidlertid ikke på de lovnormerede pligtenormer, men på det forhold, at der faktisk er vejledt. I den nævnte dom procederede sagsøgte arbejdsløshedskasse bl.a. på, at den i henhold til bekendtgørelsen om en A-kasses pligt til at vejlede ikke havde været forpligtet til at yde rådgivning som sket. Landsretten fandt imidlertid, at det var uden betydning, fordi kassen havde valgt at vejlede.

For så vidt angår ansvar for manglende vejledning er det svært at udtale sig om retspraksis. Der er næppe tvivl om, at domstolene som på andre områder vil være mere tilbøjelige til at statuere erstatningsansvar for tilsidesættelse af vejledningspligten. Det vil dog næppe være i et omfang, som svarer til Ombudsmandens praksis for så vidt angår reparation. Ombudsmanden synes at statuere pligt til reparation efter en objektiviseret målestok, således at forstå, at den blotte konstatering af vejledningsmangel, der har medført retstab for borgeren, danner grundlag for pligt til reparation. Dertil kommer, at Ombudsmanden udover den lovnormerede vejledningspligt også inddrager god forvaltningsskik som grundlag for at statuere vejledningsmangel.

4. Perspektivering og afslutning

Når man taler om erstatnings- og erstatningslignende ansvar på det sociale område, er der især to forhold, der efter vores opfattelse har præget udviklingen.

På den ene side er der en stigende erkendelse af, at der også på dette område kan være tale om, at fejl og forsømmelser kan være ansvarspå-

57. Jf. *Jon Andersen: Socialforvaltningsret*, 2004, s. 302.

58. Det har som nævnt næppe betydning, at dommen vedrørte en arbejdsløshedskasses rådgivning. A-kassernes rådgivningspligt er normeret i en bekendtgørelse og er mindre vidtgående end den, der gælder for de kommunale sociale myndigheder.

Rådgiveransvar i offentligt socialt arbejde

dragende. Udviklingen har vist sig ved, at også sager vedrørende den sociale lovgivning optræder for domstolene. Forvaltningsretligt har især Ombudsmanden påvirket praksis.

På den anden side at der er en risiko for, at forvaltningen i kraft af lovgivningens kompleksitet i stadigt højere grad bliver ude af stand til at leve op til både de almindelige og specielle forvaltningsretlige sagsbehandlingsregler og de krav om rådgivning og vejledning, der følger af både forvaltningslovens § 7 og den sociale lovgivning.

Begge udviklinger vil sandsynligvis accentueres i de kommende år, men især borgernes muligheder for rådgivning og vejledning risikerer at blive forringet.

Vi ser en særlig risiko i forbindelse med, at forvaltningen af den meget detaljerede og komplicerede lovgivning i disse år af effektiviseringshensyn overgår til digital forvaltning.⁵⁹

Med digitaliseringen følger, at risikoen for fejl og misforståelser overføres til borgeren, der på grund af digitaliseringen sjældnere vil komme i kontakt med forvaltningen og dermed få mulighed for at få den fornødne vejledning. Det gælder selvsagt især, når det drejer sig om den situationsbestemte rådgivning og vejledning.

Ser man på den rapport fra Finansministeriet fra maj 2001, der ligger til grund for arbejdet med digitalisering af den offentlige forvaltning, er de væsentligste formål med digitaliseringen, og det program der er lagt af bestyrelsen for den digitale task force,⁶⁰ 1) effektivisering af administrationen af den offentlige sektor, forstået som reduktion af omkostninger og 2) forbedring af den offentlige service.

Midlerne er »vidensdeling«, således at oplysninger om f.eks. borgernes indtægter, sociale ydelser m.v. i endnu højere grad end nu flyder mellem forvaltningerne. Der skal desuden ske en omkostningseffektivisering ved, at arbejdsopgaver kan udlægges til andre sektorer eller til private, styret af omkostningshensyn.

Risikoen herved er åbenbar, især når det gælder det sociale område. I Finansministeriets rapport erkendes det, at alene det forhold, at bru-

59. Se *Nina v. Hielmcrone*: Retssikkerhed og masseforvaltning på det sociale område i Velfærd på vildspor. red. af *Erik Christensen*. Frydenlund 2004 og Retssikkerhed, effektivitet og borgerinddragelse i forvaltning af sociale kontantydelse på http://www.borgerloen.dk/vpv/09_Nina_rev.pdf.

60. www.e.gov.dk.

Nina von Hielmcrone og Trine Schultz

gerne af den offentlige forvaltning tilhører forskellige grupper, tilsiger, at de digitale løsninger vil blive anvendt i forskelligt omfang. Man forudser, at digital kommunikation især vil blive anvendt af virksomhederne, bl.a. fordi deres administrative personale generelt har gode forudsætninger for at anvende digitale løsninger, af liberale erhverv og af studerende og unge generelt.

Det anføres dog, at anvendelse af digitale løsninger skal ske med respekt for de borgere, der fortsat ønsker at henvende sig personligt, på papir eller via telefonen. Men her kan digitaliseringen anvendes ved kvikskranker osv.

De områder inden for den sociale lovgivning, der forudses omfattet af den digitale kommunikation er i første omgang boligstøtte, personlige tillæg til pension, omberegning af pension, sygedagpenge, børnetilskud til enlige forsørgere og friplads i daginstitution.

Den borger, der ansøger om en ydelse eller sender oplysninger om ændringer i indkomstforholdene til brug for omberegning af ydelser, kommer dermed ikke i kontakt med forvaltningen. Det indebærer, at der – især på grund af de uigennemskuelige regler – er større risiko for fejl og misforståelser. Det betyder samtidig, at forvaltningen ikke kan give den situationsbestemte vejledning, der er central i forbindelse med socialt arbejde. De tanker, der gives udtryk for i Finansministeriets rapport, at borgerne – uanset mulighederne for digital kommunikation – skal have mulighed for at henvende sig personligt på forvaltningen, afhjælper ikke problemet. Ifølge rapporten skal alternativet til den digitale henvendelse være en henvendelse til en kvikskranke i kommunen. Man synes således blot at have tænkt sig, at borgerens indtastning af oplysninger skal erstattes af en kommunal medarbejders indtastning. Denne medarbejder vil med en sådan funktion næppe have tilstrækkelig viden til at yde vejledning, og det synes da heller ikke at være hensigten, at der skal ydes en sådan vejledning.

De bestræbelser på omkostningseffektivisering, der fører til anbefaling af ud- og sammenlægning af administrative opgaver, indebærer risiko for, at medarbejdernes viden om den sociale lovgivning udtyndes yderligere. Der er en nærliggende risiko for, at det ikke bliver medarbejdernes socialfaglige viden, der bliver afgørende for, hvor opgaverne med administration af den sociale lovgivning bliver lagt, men derimod behovet for omkostningsminimering.

Med rapportens anbefaling af, at »der ved al regeludstedelse foretages

Rådgiveransvar i offentligt socialt arbejde

en vurdering af de pågældende reglers hensigtsmæssighed i forhold til digital forvaltning (idet) hensigtsmæssige regler vil bidrage selvstændigt til mulighederne for at realisere potentialerne ved digital forvaltning« kan det forventes, at flere sociale ydelser indrettes med henblik på digital forvaltning, og at dette hensigtsmæssighedshensyn overtrumfer socialpolitiske hensyn og hensynet til retssikkerheden.

Vejledningsindsatsen og de krav, der må stilles til medarbejdernes viden, er ikke nævnt – hverken i Finansministeriets rapport eller i den strategi, der er lagt af den »digitale task force«. Hermed lades en stor del af de sociale klienter i stikken.

Spørgsmålet om retssikkerhed er nævnt i Finansministeriets rapport, men ser man nøjere efter, taler man ikke om retssikkerhed. I det pågældende afsnit har man udelukkende behandlet spørgsmålet om digitale signaturer med det formål, at »det skal sikres, at borgerne kan have tillid til, at der er samme grad af fortrolighed og på samme juridiske betingelser som ved traditionel papirbaseret sagsbehandling«.

Den måde masseforvaltning ved hjælp af informationsteknologi og digitalisering af forvaltningen ses fra myndighedernes side sigter på at tilgodese omkostningseffektivitet og bedre service for den ressourcestærke del af befolkningen. De mennesker, der ikke er i stand til at sætte sig ind i det meget komplicerede regelsystem og for hvem digital kommunikation ikke er en lettelse og service, er ikke synlige i regeringens moderniseringsprogram, som digitaliseringen er et led i.

Litteraturliste:

Andersen, Jon. *Socialforvaltningsret*, Nyt Juridisk Forlag 2004

Andersen, Jon. *Socialforvaltningsretlige spørgsmål*, Juristen nr. 7, 1990, s. 311

Andersen, Poul. *Betænkning nr. 214.1959 om statens og kommunernes erstatningsansvar*

Gammeltoft-Hansen, Hans m.fl. *Forvaltningsret*, 2. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2003

Garde, Jens mfl. *Forvaltningsret, Almindelige Emner*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004

Gomard, Bernhard. *Offentlige myndigheders erstatningsansvar*, UfR 2004B.383

Hielmcrone, Nina von. *Tilbagebetaling af sociale ydelser – et erstatningsretligt perspektiv*, Jurainformation 2002

Nina von Hielmcrone og Trine Schultz

Hielmcrone, Nina von. *Retssikkerhed og masseforvaltning på det sociale område i Velfærd på vildspor*, red. af Erik Christensen. Frydenlund 2004

Hielmcrone, Nina von. *Retssikkerhed, effektivitet og borgerinddragelse i forvaltning af sociale kontantydelse* på http://www.borgerloen.dk/vpv/09_Nina_rev.pdf

Ketscher, Kirsten. *Socialret*, 2. udg. Forlaget Thomson 2002

Kruse, Anders Vinding. *Erstatningsretten*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1989

Kruse, Anders Vinding. *Advokatansvaret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1990

Langsted, Lars Bo. *Rådgivning – det professionelle erstatningsansvar*, Forlaget Thomson 2004

Samuelsson, Morten og Søgaard, Kjeld. *Rådgiveransvaret, erstatningsansvar og forsikring for professionelle rådgivere*, Forsikringshøj-skolens Forlag 1993

Skovgaard, Henning. *Offentlige myndigheders erstatningsansvar*, Gad 1983

Vogter, John. *Forvaltningsloven med kommentarer*, 3. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1999

Når skadevolderen tjener på sit retsbrud – om begrænsninger i muligheden for at tilbagesøge EU-stridige afgifter mv.

Af professor, dr. jur. Erik Werlauff

1. Grundspørgsmål: Kan skadevolderen tjene på sit retsbrud?

Kan en medlemsstat tjene på at bryde fællesskabsretten, f.eks. i forbindelse med opkrævning af afgifter, der viser sig at have været fællesskabsstridige? Svaret er ja, og dette vil blive uddybet i det følgende. Svaret skyldes et samspil mellem: i) den materielle fællesskabsretlige erstatningsret, ii) processuelle bevisbyrde- og bevisstyrkekrav samt iii) forældelsesregler i national lovgivning, der i mangel af fællesskabsret herom også respekteres fællesskabsretligt, når blot fællesskabsrettens ækvivalens- og effektivitetskrav er opfyldt.

2. Ambi'en som eksempel

Da Danmark indførte ambi'en, lød der advarende røster om, at den var fællesskabsstridig, nemlig i strid med 6. momsdirektivets art. 33. Denne bestemmelse siger, at staten ikke må have andre momsmæssige guder end merværdiafgiften – undskyld: at staten ikke må opkræve momslignende afgifter. Alligevel gennemførtes og håndhævedes ambi'en. Da den år senere kendtes fællesskabsstridig, begyndte et økonomisk retsopgør af dimensioner. De første kommentarer lød på, at afgifter opkrævet i strid med fællesskabsretten ubetinget skulle betales tilbage. Herved overså man vel vigtige elementer i principperne om *condictio indebiti*, og man overså specielt berigelsesgrundsætningen, som Danmark deler med de øvrige lande. De næste kommentarer lød på, at der

Erik Werlauff

her var tale om et erstatningsansvar hos staten. Det var således erstatningsretlige principper, der skulle bringes i anvendelse. Ansvarsgrundlaget var herved klart nok, men var der også lidt et tab hos afgiftssubjekterne? Herved endte man i samme overvejelser som efter *condictio indebiti* og berigelsesgrundsætninger – men der kunne nu nok alligevel være bevismæssige spørgsmål til forskel. Det er særligt dette element, denne artikel handler om.

3. Ansvarsgrundlaget

Traktaten indeholder som bekendt ikke bestemmelser om ansvarsgrundlaget ved en stats krænkelse af fællesskabsretten. I vid udstrækning vil man imidlertid kunne støtte sig til principperne i art. 288(2) om ansvarsgrundlaget hos EU i tilfælde af skader forvoldt af EU's institutioner (eller af EU's ansatte under udøvelsen af deres hverv) uden for kontraktsforhold. Her afgøres ansvarsgrundlaget »i overensstemmelse med de almindelige retsgrundsætninger, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer«.

Der har udviklet sig en betydelig praksis og doktrin herom, og det følger af disse, at der for det første ikke er noget ansvar på objektivt grundlag. Der skal foreligge en krænkelse af fællesskabsretten, som kan tilregnes den pågældende stat. Man bruger jævnligt det udtryk, at der skal foreligge et »kvalificeret« retsbrud. I dette diffuse udtryk ligger der dog ikke stort mere, end at det ikke er enhver krænkelse af fællesskabsretten, der udløser erstatning. Det kommer herved i betragtning, at staten i sagens natur virker som »lovgiver«, dvs. som udsteder af generelle, fremadrettede forskrifter, og at der herved må indrømmes staten en vid skønsmargin, når der skal træffes valg af normativ karakter.

4. Komplementaritet mellem direkte virkning og erstatningsansvar

I et vist omfang, men dog ikke fuldt ud, er (a) principperne om fællesskabsrettens direkte virkning, dvs. muligheden for at påberåbe fællesskabsretten direkte for nationale domstole og andre myndigheder, og (b) statens erstatningspligt udtryk for komplementære størrelser. I det omfang fællesskabsretten kan bringes til at virke direkte, vil en mod-

Når skadevolderen tjener på sit retsbrud

satrettet national retstilstand ikke få lov at udfolde sig og dermed til at virke tabforvoldende, hvorfor behovet for statens erstatningspligt trænges tilsvarende i baggrunden. I det omfang fællesskabsretten modsat ikke kan bringes til at virke direkte, opstår der behov for et erstatningsretligt »supplement«. Når en stat indfører fællesskabsstridige foranstaltninger, er fællesskabsretten i sagens natur uden »direkte virkning«, i det omfang de nationale foranstaltninger faktisk bliver håndhævet af landets myndigheder. Her opstår der således behov for efterfølgende erstatningsretlige overvejelser. Men i det omfang foreløbige retsmidler kan bringes i anvendelse, er dette udtryk for, at fællesskabsretten trods modsatrettede nationale foranstaltninger får mulighed for at »virke direkte«, omend på et foreløbigt grundlag (og ofte under betydelig økonomisk opofrelse fra den krænkede virksomheds side i forbindelse med gennemførelsen af sagen om foreløbige retsmidler).⁶¹

61. Der er to juridiske *fora*, hvor der kan blive tale om at standse en fællesskabsstridig lovgivning. Det ene forum er EF-domstolen, mens det andet er nationale domstole. Dette kan uddybes således: (1) Det hedder i art. 243 EF (ex 186) kort og fyndigt, at »I sager, der er indbragt for Domstolen, kan den foreskrive de nødvendige foreløbige retsmidler«. Skønt denne bestemmelse efter sit indhold gælder enhver sagstype for Domstolen, har bestemmelsen givetvis sit kerneområde inden for traktatbrudssagerne. Dens baggrund er det nævnte princip om, at *late justice is injustice*, dvs. at øjemedet med en sag nogle gange kan blive forspildt i løbet af ventetiden, også selv om man vinder sagen. I sager, hvor der foreligger *periculum in mora* (= fare ved at vente) må man derfor supplere de almindelige søgsmålsmuligheder med en særligt hurtig, foreløbig behandlingsmåde i form af foreløbige retsmidler. (2) Dernæst kommer forbudsmuligheden ved nationale domstole ind i billedet. Private personer og virksomheder kan som bekendt ikke stævne en stat ved Domstolen med påstand om traktatbrud og med krav om foreløbige retsmidler. Der er i sådanne tilfælde ingen direkte søgsmålsbeføjelse for Domstolen. Derfor må en sag om et sådant spørgsmål anlægges ved nationale domstole, og hvis sagen haster, må sagsanlægget have en treleddet karakter: (1) Der nedlægges påstand i hovedsagen, f.eks. om at staten ikke er berettiget til en bestemt handlemåde. (2) Den nationale dommer anmodes om præjudiciel forelæggelse for EF-domstolen (men dette kan parterne dog ikke tvinge ham til). (3) Den nationale dommer anmodes om at udstede et foreløbigt forbud mod de pågældende reglers håndhævelse, mens hovedsagen verserer, jf. Domstolens afgørelse af 19. juni 1990, sag C-213/89, *Factortame I*, jf. *Lesley Jane Smith* i EuZW 1992.308 ff. og *Brita Sundberg-Weitmann* i SvJT 1992.424 ff. Ved *Factortame II* fastslog Domstolen materielt, at de anfægtede britiske love var i strid med fællesskabsretten, jf. dom af 25. juli 1991 i sag C-221/1989, og ved *Factortame III* fastslog den, hvad der skal til, for at staten kan blive erstatningspligtig for den fællesskabsstridige lovgivning (som faktisk nåede at virke et stykke tid over for de spanske fiskere), jf. dom af 5. marts 1996 i de forenede sager C-46/93 og C-48/93, *Factortame III* og *Brasserie du pêcheur*. Under hvilke betingelser den nationale dommer helt konkret kan nedlægge forbud, er udviklet i yderligere praksis fra Domstolen som overbygning på *Factortame I*. Denne praksis har dels drejet sig om nationale foranstaltninger, der var i

Erik Werlauff

Denne form for foreløbig »direkte virkning« eliminerer derfor ikke fuldstændig behovet for erstatning som supplement, men kan dog i nogen grad reducere det økonomiske tab, sagen drejer sig om. Groft sagt vil det erstatningsretlige aspekt i flere tilfælde kunne reduceres til alene at dreje sig om sagens omkostninger.

5. Factortame og Brasserie du pêcheur som centrale eksempler

Man kan tage Domstolens udtalelse i *Factortame III* (og *Brasserie du pêcheur*) som et udtryk for retstilstanden på området. For det første udtalte Domstolen at medlemsstatens erstatningspligt finder anvendelse, når overtrædelsen af fællesskabsretten må tilskrives den nationale lovgiver. For det andet fastslog Domstolen, at de krænkede borgere (på et område, hvor staten har en vid skønsebeføjelse, når der skal træffes

strid med fællesskabsretten, dels om national håndhævelse af sekundære fællesskabsretsakter, der var i strid med primær fællesskabsret, men principperne for anvendelse af foreløbige retsmidler er de samme. Der kan særligt henvises til sagerne *Zuckerfabrik, Atlanta Frucht* og *Krüger*, jf. Domstolens afgørelse af 17. juli 1997 i sag C-334/95, *Krüger GmbH & Co. KG mod Hauptzollamt Hamburg-Jonas*. Forbudsspørgsmålet kan således opstå både (1) vedrørende formodet fællesskabsstridig national lovgivning og (2) vedrørende den nationale gennemførelse af fællesskabsregler, der menes at være Traktat- eller grundrettighedsstridige. Derimod kan en national dommer begribeligvis ikke nedlægge forbud mod selve ikrafttrædelsen af en forordning eller et direktiv, kun mod nationale foranstaltninger til gennemførelse af direktivet eller forordningen. De betingelser, der blev opstillet i *Atlanta Frucht* og i *Krüger*, kan sammenfattes således, jf. *Erik Werlauff* i UfR 1996 B s. 41 ff.: (1) Dommeren skal finde, at der er betydelig tvivl om forordningens gyldighed, og hvis spørgsmålet om dens gyldighed ikke allerede er forelagt for Domstolen, skal dommeren selv forelægge Domstolen dette spørgsmål. Denne forelæggelsespligt gælder, også selv om den nationale dommer ikke er sidste instans – med andre ord er der her tale om en tilføjelse til de tilfælde, hvor der er forelæggelsespligt, jf. pkt. 2 i »Orientering om forelæggelse af præjudicielle spørgsmål fra de nationale retter« fra EF-domstolen (december 1996), gengivet i EU-ret & Menneskeret 1996.291 ff. (2) Der skal foreligge uopsættelighed, idet de foreløbige retsmidler skal være nødvendige for at forhindre, at den part, der begærer dem, risikerer et alvorligt og uopretteligt tab. Der skal således være tale om et tab, som ikke efterfølgende kan klares med penge, dvs. gennem erstatningsreglerne. (3) Dommeren skal tage behørigt hensyn til EU's interesse, og (4) ved sin vurdering af, hvorvidt disse betingelser er opfyldt, skal dommeren respektere afgørelser fra Domstolen og fra Retten i første instans, hvorved der er foretaget en prøvelse af forordningens lovlighed, ligesom han skal respektere kendelser, hvorved der er blevet truffet afgørelse om begæringer om tilsvarende foreløbige retsmidler på fællesskabsplan. I *Krüger* tilføjede Domstolen, at disse retningslinier ikke er til hinder for, at dommeren tillader appel af afgørelsen om udsættelse af sagen.

Når skadevolderen tjener på sit retsbrud

valg af normativ karakter) har ret til erstatning, (1) når den bestemmelse i fællesskabsretten, der er overtrådt, har til formål at tillægge dem rettigheder, (2) når overtrædelsen er tilstrækkeligt kvalificeret, og (3) når der er en direkte årsagsforbindelse mellem overtrædelsen og tabet. Domstolen tilføjede, at erstatningsansvaret gennemføres efter nationale erstatningsregler, men således at betingelserne ikke må være mindre gunstige end de betingelser, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret, ligesom betingelserne ikke må være udformet således, at de i praksis gør det umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning. For det tredje udtalte Domstolen, at den nationale retsinstans ikke kan gøre erstatning betinget af, at der foreligger culpa hos det statslige organ, som overtrædelsen må tilregnes; selve den »tilstrækkeligt kvalificerede overtrædelse af fællesskabsretten« skal være tilstrækkeligt til at statuere ansvar.

6. »Kvalificeret« overtrædelse af fællesskabsretten

Det følger af disse betragtninger fra Domstolen, at nationale culpanormer ikke finder anvendelse. Af hensyn til fællesskabsrettens enhed må der i stedet anvendes en fælles »culpa«-norm, der for at undgå begrebsforvirring i stedet betegnes som et krav om kvalificeret (eller snarere: klar) overtrædelse af fællesskabsretten. Spørgsmålet er herved, hvornår overtrædelsen er »kvalificeret«. Ved gennemførelsen af direktiver m.v. foreligger der temmelig vide skønsmålinger, hvor det ud fra en rimelighedsbetragtning må accepteres, at der kan ske overtrædelse af fællesskabsretten, særligt hvis denne ikke fremtrådte som tilstrækkeligt klar for de nationale myndigheder. Anderledes må det forholde sig ved handelshindrende foranstaltninger, f.eks. den tyske bruttoskat, som gennemføres ud fra en protektionistisk synsvinkel. Her vil begrebet »kvalificeret« uden videre kunne finde anvendelse. Et sted mellem disse yderpunkter – på den ene side et fejlskøn inden for statens skønsmargin ved det loyale forsøg på implementering af fællesskabsretten, på den anden side det protektionistiske forsøg – ligger den forsinkede gennemførelse af direktiver. Denne vil ofte kunne betragtes som »kvalificeret« i nærværende sammenhæng.

For det fjerde udtalte Domstolen, at erstatningen skal stå i et passende forhold til det lidte tab. Kriterierne må ikke være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af nati-

Erik Werlauff

onal ret, og de må ikke være udformet således, at de i praksis gør det umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning. Nationale regler, hvorefter den skade, der kan erstattes, generelt begrænses til kun at omfatte skader på bestemte, særligt beskyttede individuelle retsgoder (med udelukkelse af borgernes tabte fortjeneste) er ikke i overensstemmelse med fællesskabsretten. Endvidere skal særlige former for erstatning, såsom *exemplary damages*, dvs. en særlig form for erstatning for forfatningsstridig adfærd i henhold til engelsk ret, også kunne tilkendes under et søgsmål på grundlag af fællesskabsretten, såfremt de kan tilkendes under et tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret.

For det femte og sidste svarede Domstolen, at erstatningspligt ikke kan begrænses til kun at omfatte skader, der er lidt, efter at Domstolen har afsagt en dom, hvori den pågældende overtrædelse er blevet fastslået.

7. Særligt om tilbagesøgning af afgifter mv.: Ækvivalens og effektivitet

Som det blev aktualiseret af EF-domstolens afgørelse i *ambi-sagen*, vil der ikke sjældent opstå det spørgsmål, i hvilket omfang borgere eller virksomheder kan kræve tilbagebetaling af afgifter, som en stat har opkrævet hos dem, men som viser sig at have været i strid med EU-retten. Talrige sager herom har måttet afgøres ved EF-domstolen, enten som præjudicielle søgsmål efter art. 234 EF (ex 177), fordi der krævedes tilbagesøgning ved nationale domstole, eller som traktatbrudssøgsmål efter art. 226 EF (ex 169), fordi Kommissionen fandt, at staten krænkede fællesskabsretten ved at sabotere eller vanskeliggøre muligheden for tilbagebetaling. I særlig grad kan disse typer af sager om tilbagebetaling af afgifter, der er opkrævet i strid med fællesskabsretten, tages som udgangspunkt for drøftelsen af fællesskabsrettens krav til nationale bevis-, bevisbyrde- og formodningsregler m.v.⁶²

Når national ret fastlægger tilbagebetalingsmuligheden, må den ikke herved diskriminere tilbagesøgningskrav, der støtter sig på, at afgiften var i strid med fællesskabsretten. Det må således ikke være vanskeligere

62. Mere generelt om erstatningsspørgsmål ved overtrædelse af fællesskabsretten se *Jonas Christoffersen & Niels Bang Sørensen* i UfR 1998 B s. 165 ff.

Når skadevolderen tjener på sit retsbrud

at gennemføre tilbagesøgning af afgifter, der er opkrævet i strid med EU-retten, end det ville være at gennemføre tilbagesøgning af afgifter, der er opkrævet i strid med nationale regler, f.eks. opkrævet ved en lov i strid med forfatningen. Det må – selv om der ikke diskrimineres mellem fællesskabsretlige og nationalretlige tilbagesøgningskrav – heller ikke være uforholdsmæssigt svært at gennemføre tilbagesøgning af afgifter opkrævet i strid med fællesskabsretten. De to sidstnævnte udsagn kan siges at være udtryk for de to grundhensyn, der nævntes netop foran: hhv. et ligestillingskriterium og et effektivitetskriterium: (1) Ligestillingskriteriet er udtryk for et forbud mod at diskriminere mellem fællesskabsretlige og nationalretlige tilbagesøgningskrav. (2) Effektivitetskriteriet er udtryk for et forbud mod at gøre det urimeligt vanskeligt at gennemføre fællesskabsretlige tilbagesøgningskrav. Eller sagt mere slagordsagtigt: *Et ækvivalens- og et effektivitetshensyn.*

8. Hans Just-dommen: Ækvivalenskravet

Det fremgår af dommen i sagen *Hans Just* (= snapsesagen, sag 68/79, Saml. 1980 s. 501), at tilbagesøgningskrav, der beror på EU-retten, ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende nationale regler, og reglerne må ikke være udformet sådan, at det i praksis er umuligt at gennemføre et tilbagesøgningskrav, jf. dommens præmis 25. Sagen vedrørte lovligheden af afgift på spiritus, idet anden spiritus end snaps blev pålagt højere afgift end snaps.

9. Senere praksis om bevisbyrde og bevisstyrke ad tab, overvæltning mv.

Imidlertid måtte Domstolen snart præcisere begrænsningerne i udsagnet fra *Hans Just* dommen. Domstolen måtte således efterfølgende i sagen *San Giorgio*, sag 199/82, Saml. 1983 s. 3595, præcisere, at det er i strid med fællesskabsretten, såfremt der indføres bevisregler, der gør det praktisk umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at opnå tilbagebetaling af afgifter opkrævet i strid med fællesskabsretten.⁶³ Dette vil især være tilfældet i forbindelse med formodninger eller bevisregler,

63. Jf. Erik Werlauff & Henrik Øe i UfR 1996 B s. 395 ff.

Erik Werlauff

der pålægger den afgiftspligtige byrden ved at bevise, at de med urette betalte afgifter ikke er blevet overvæltet på andre retssubjekter, eller i forbindelse med særlige begrænsninger med hensyn til formen for det krævede bevis, såsom udelukkelse af ethvert andet bevismiddel end det skriftlige bevis.

I sagen *Bianco & Girard*, Saml. 1988 s. 1099, har Domstolen udtalt, at spørgsmålet om, hvorvidt der i det enkelte tilfælde er sket en overvæltning af en indirekte afgift, beror på de faktiske omstændigheder, som det henhører under den pågældende nationale retsinstans at klarlægge, hvorved denne må have et frit skøn med hensyn til sin bevisbedømmelse. Det bemærkes, at det ikke kan antages, at der i forbindelse med indirekte afgifter består en formodning for, at der er sket en overvæltning, således at det påhviler den afgiftspligtige at godtgøre, at dette ikke har været tilfældet.⁶⁴

I sagen *Kommissionen mod Italien* (sag 104/86, Saml. 1988 s. 1799) udtalte Domstolen, at nationale regler, der pålægger virksomhederne bevisbyrden for, at de *ikke* har overvæltet afgiftsbyrden på kunderne, eller at bevis skal gennemføres på bestemt måde, er stridende mod EU-retten, præmis 11. Det må på grundlag heraf antages, at nationale forskrifter, som pålægger virksomhederne bevisbyrden for manglende overvæltning, næppe kan bringes i anvendelse.⁶⁵

64. Domstolen har i øvrigt i generelle vendinger udtalt, jf. sag 240/87, *Déville*, Saml. 1988 s. 3513, at en national lovgiver ikke, efter at Domstolen har erklæret en bestemt lovgivning uforenelig med traktaten, kan fastsætte procedureregler, som konkret forringer mulighederne for tilbagesøgning af de uretmæssigt opkrævede afgifter. Den ovenfor nævnte lovgivning om tilbagesøgningsmulighederne for ambi skal nødvendigvis læses og forstås i lyset af disse grundsætninger.

65. *Inger Stokvad Loft* antager i Lov & Ret 1992/8.13 f., at bevisbyrden for, at overvæltning har fundet sted, må påhvile staten. Hun finder, at det strider mod Domstolens praksis, når det i den foran omtalte lov af 20. maj 1992 om proceduren for gennemførelse af krav om tilbagebetaling af ambi anføres, at den afgiftspligtige ved anmeldelsen af tilbagebetalingskravet skal dokumentere, at der er lidt et tab. Se i samme retning *Kim B. Ulrich* i TfS 1993.185, der antager, at det offentlige må løfte bevisbyrden for, at overvæltning faktisk er sket. Tilbagebetalingsloven opstiller ingen bevisbyrdefordeling. Almindelige synspunkter, dansk domspraksis samt EF-domspraksis må herefter medføre, at bevisbyrden for, at overvæltning er sket, påhviler det offentlige. *Samme* forfatter anmelder i TfS 1993.241 en kandidatafhandling fra handelshøjskolen og fremhæver herunder, at tilbagebetalingsspørgsmålet må afgøres efter reglerne om *condictio indebiti*, og at der ikke kan forlanges bevis fra virksomhederne for, at overvæltning ikke har fundet sted. Bevissikker dokumentation for, om overvæltning har fundet sted eller ej, vil kun sjældent kunne gennemføres. Præmis nr. 13 og 15 i EF-dom af 9/11 1983 (sag 199/82, *San Giorgio*) påpeges af forfatteren. Heri anførte EF-domstolen som nævnt, at det er i strid

Når skadevolderen tjener på sit retsbrud

10. Ambi-sagerne igen

I TfS 1993.406 (*ministersvar*) blev ministeren spurgt, *hvem der har bevisbyrden i sager, der drejer sig om tilbagebetaling af ambi*. Ministeren svarede, at ved bedømmelsen af, om der er sket en overvæltning af ambi'en på næste omsætningsled, »anvender domstolene det almindelige princip i dansk ret om det, man kalder fri bevisførelse. Det betyder, at man ikke på forhånd kan give noget svar på, hvem bevisbyrden påhviler. Spørgsmålet må afgøres konkret fra sag til sag.« På et yderligere spørgsmål fra det pågældende folketingsmedlem, om ministeren helt klart ville bekræfte, at »det ikke på forhånd er tilkendegivet, at det er erhvervslivet, der har bevisbyrden«, svarede ministeren, at »[d]en lovgivning, som folketinget har vedtaget, og som Told- og Skattestyrelsen administrerer efter, har ikke bestemmelser af den karakter, som [det spørgende folketingsmedlem] henviser til.«⁶⁶

med fællesskabsretten, hvis nationale lovbestemmelser udelukker tilbagebetaling af afgifter og skatter, der er opkrævet i strid med fællesskabsretten, medmindre det offentlige godtgør, at den afgiftspligtige faktisk har foretaget overvæltning. Af præmis nr. 15 fremgår, at der i en markedsøkonomi med fri konkurrence kan være et usikkerhedsmoment forbundet med, at virksomheden faktisk har kunnet overvælte afgiften på næste omsætningsled, og dette usikkerhedsmoment må ikke konsekvent belaste borgeren. Anderledes Thøger Nielsen i S.O. 1992.246 ff. Denne forfatter henviser til *UfR 1870.858 H* om uberettiget betaling af for høje recognitioner, *UfR 1927.980 H* om uberettiget opkrævning af bygafgift, *UfR 1946.365 H* om pålæg af snekastningspligt, *UfR 1952.974 H* om uberettiget opkrævning af kornafgift i relation til importthvede, *UfR 1965.492 H* om osteafgift opkrævet af producentens osteeksport og *UfR 1970.437 H* om osteeksportørers indkøb af afgiftsbelastede osteprodukter. Thøger Nielsen tager afstand fra, at bevisbyrden skulle være statens – dén, der er nærmest til at tilvejebringe de for bedømmelsen nødvendige oplysninger, som hovedregel:betaleren, må påtage sig byrden hermed, sådan som det også forudsættes i ambi-sagsbehandlingsloven. Der kan navnlig henvises til *UfR 1970.445 H*, der fandt det afgørende, »at der ikke er tilvejebragt bevis for, at osteafgiften er blevet båret af appellant.«

66. Kim B. Ulrich kritiserer i TfS 1993.529 ministerens svar. Han er naturligvis enig i, at det beror på en konkret bedømmelse i hver enkelt sag, om overvæltning har fundet sted eller ej, og at der her gælder en fri bevisbedømmelse. Derimod er det forkert, at der ikke på forhånd skulle kunne gives noget svar på, hvem bevisbyrden påhviler, og at spørgsmålet herom skulle afgøres konkret fra sag til sag. At der er tale om fri bevisførelse, har intet at gøre med bevisbyrdens fordeling. Denne forfatter finder, at ministersvaret forsøger at sløre det klare billede af bevisbyrden, som EF-domstolen har tegnet med hensyn til bevisbyrdefordelingen. Se Peter Gjørtler i *Lov & Ret* 1992 nr. 6 s. 23 ff. med gennemgang af ambi-dommen. Hvis nationale regler udelukker tilbagebetaling, hvor dette vil lede til en uberettiget berigelse, vil disse regler også kunne anvendes på afgifter, der er i strid med fællesskabsretten. Der kan imidlertid ikke opstilles nogen præsumption om overvæltning eller pålægges virksomhederne nogen bevisbyrde for manglende overvæltning, hvilket fremgår af Domstolens dom af 24/3 1988 i sag 184/86. I den enkelte sag om

Erik Werlauff

Og resultatet i ambi-sagerne? – *Denkavit* fik ingen tilbagebetaling, jf. *TfS 1994.274 H* (= *UfR 1994.430 H*), hvorimod *Bose* opnåede tilbagebetaling, jf. *TfS 1994.275 H* (= *UfR 1994.50 H*). Ligesom landsretten bemærker Højesteret indledningsvis, at det af EF-domstolen er fastslået, at ambi'en er i strid med art. 33 i 6. momsdirektiv, og ligesom landsretten bemærkes det, at opkrævede ambi-beløb herefter skal tilbagebetales, medmindre de må anses for overvæltet på senere omsætningsled. Det tilføjes af samtlige 9 dommere, at det i denne forbindelse er uden betydning, om virksomheden har taget forbehold om tilbagesøgning af ambi-en, og om myndighederne burde have indset, at afgiften var i strid med fællesskabsreglerne. Dernæst lægger samtlige 9 højesteretsdommere til grund, at en afgift som ambi'en, der ligesom moms er af generel karakter, og som beregnes på samme grundlag som moms, på et marked med fri prisdannelse ud fra en isoleret betragtning i almindelighed vil blive overvæltet fuldt ud på senere omsætningsled, i sidste instans på forbrugerne, på samme måde som moms.

Herefter deler højesteretsdommerne sig i et flertal på 7 og et mindretal på 2. Uenigheden gælder to centrale forhold. For det første er der uenighed om, hvorvidt spørgsmålet om overvæltning kan afgøres alene ud fra en isoleret betragtning om ambi'ens virkninger. Herom siger mindretallet, at det er selve ambi'en, der er kendt fællesskabsstridig, og at der derfor skal tages udgangspunkt i en isoleret betragtning af ambi'ens virkning, hvorimod flertallet finder, at det også skal indgå i vurderingen, hvordan afgiftsomlægningen som helhed påvirkede den pågældende virksomheds konkurrencesituation. Herefter uddyber flertallet, hvilke kriterier der da skal lægges til grund for bedømmelsen af påvirkningen af virksomhedens konkurrencesituation. Der må for så vidt angår importvirksomheder lægges vægt på, i hvilket omfang virksomhedens produkter konkurrerer med indenlandsk fremstillede produkter, og tillige på lønomkostningernes andel af værdien af produkter

tilbagebetaling er det således ikke virksomhederne, der skal påvise et økonomisk tab, men derimod staten, som kan forsøge at påvise en faktisk overvæltning. Idet ambi som udgangspunkt skulle udligne andre samtidigt ophævede afgifter, vil der efter forfatterens opfattelse generelt foreligge overvæltning i det omfang, det kan påvises, at en virksomhed ikke har sat sine priser ned ved indførelsen af ambi. Kun i det omfang ambi overstiger de tidligere afgifter, uden at dette har ført til en prisstigning, vil der generelt ikke foreligge overvæltning. Hvis det ikke er et tilbagebetalingskrav, men et erstatningskrav, der fremsættes, vil det være virksomheden, der bærer bevisbyrden.

Når skadevolderen tjener på sit retsbrud

af den pågældende art. Dette fører atter til at antage, at hvis lønomkostninger indgår som en væsentlig bestanddel af produktets fremstillingspris, således at de indenlandske konkurrenter ikke påvirkes af ambi'en i nær så høj grad som den importerende virksomhed, kan man lægge til grund, at omlægningen indebærer en væsentlig forringelse af importvirksomhedens konkurrencesituation. Dette fører atter til, at højtalerimportøren Bose, der i høj grad konkurrerede med indenlandske produkter, ikke kunne antages at have foretaget overvæltning af ambi'en, hvorimod foderstofimportøren Denkavit konkurrerede med indenlandske produkter, hvori råvareomkostningen var den vigtigste del, således at også de indenlandske konkurrenter ramtes omtrent i lige mål, alt med den følge, at Denkavits konkurrencesituation ikke var forringet i særlig betydeligt omfang.

Heraf kunne atter sluttes, at overvæltning måtte have fundet sted. Følgelig måtte Bose vinde og Denkavit tabe. Mindretallet ville ikke anvende en sådan bedømmelse, der inddrog det nævnte spektrum af omstændigheder, men ville i stedet uden videre gå ud fra, at afgiften skal tilbagebetales, medmindre der konkret kan påvises ikke at være lidt et tab. Hvad angår tabsspørgsmålet ville mindretallet gå ud fra, at hvis virksomheden og dens konkurrenter var ligestillede, og hvis dens væsentligste konkurrent reelt tog højde for ambi'en ved sin prisfastsættelse, så har denne virksomhed også gjort det. Endelig går mindretallet ud fra, at der ved afgørelsen af virksomhedens konkurrencesituation i et frit marked ikke kan tages hensyn til virksomheden og dens konkurrenters eventuelle besparelse i form af ophævede afgifter m.v. Ambi-dommene har givet anledning til en meget omfattende retslitteratur.⁶⁷ De bevisbyrderegler og formodningsregler, som Højesteret op-

67. Uden at der herved tages stilling til resultatet i ambi-sagerne (*TfS 1994.274 og 275 H = med UfR 1994.430 H og 450 H*), påvises det af *Erik Werlauff* i *TfS 1994.288*, at der nu er flere eksempler på undladt forelæggelse for EF-domstolen af centrale fællesskabsretlige spørgsmål, jf. således også sagen *Tele Danmark UfR 1992.971 H* og sagen om olieimportafgifter *TfS 1994.73 H*. Werlauff påviser 9 konkrete fællesskabsretlige spørgsmål vedrørende overvæltningsproblematikken, som kunne/skulle være forelagt EF-domstolen. Han anfører, at undladt forelæggelse skaber risiko for undergravelse af Højesterets autoritet, fordi underinstanserne ikke i fremtidige lignende sager kan vide sig sikre på, om de retsnormer, der er lagt til grund for en sådan højesteretsdom, er fællesskabsretligt holdbar. I *TfS 1994.287* anfører *Karen Dyekjær-Hansen*, at da Denkavit og Bose anlagde tilbagesøgningssagerne i 1988, anså man klart hovedproblemet for at være et problem om, hvorvidt afgiften var lovlig. Da ingen af de to parter siden 1988 havde forhøjet prisen med ambi'en og således ikke konkret foretaget overvæltning, anså de en tilbage-

Erik Werlauff

betaling for en selvfølge, såfremt EF-domstolen gav virksomhederne medhold i, at afgiften var fællesskabsstridig. Da Højesteret i sagen Denkavit – med det klare formål at give retningslinier for fremtiden – har følt sig foranlediget til at erstatte en konkret påvisning af overvæltning med en henvisning til, at overvæltning »må anses« for at finde sted, selv uden virksomhedens vilje og vidende, kan det ifølge denne forfatter vanskeligt afvises, at der fortsat er en vis tvivl om overensstemmelsen med fællesskabsretten. Dyekjær-Hansen slutter med følgende bemærkning: »Da den foreliggende sag er et eksempel på, at medlemsstaten Danmark har haft fordel af en direktivovertrædelse ved først at afkræve afgiften i hele den lange periode, hvor sagen om lovligheden verserede, og derefter klarer frisag ved henvisning til, at »økonomiske kræfter« har foranlediget overvæltning, mens sagen verserede, er der tale om en hvidvaskning af retsstridigheden, som harmonerer dårligt med EF-domstolens seneste praksis om især overtrædelse af ligelønsdirektivet.« Se *samme* forfatter i Advokaten 1994.85 f, hvor det anføres, at Højesteret i Denkavit-sagen reelt har erstattet en konkret påvisning af overvæltning med en vurdering af, om afgiften »må anses for overvæltet på senere omsætningsled.« Der er ifølge denne forfatter fortsat tvivl om dommens overensstemmelse med fællesskabsretten, særligt fordi EF-domstolen i andre domme har udtalt, at medlemsstaterne ikke kan påberåbe sig noget indenretligt princip, der reelt medfører, at en medlemsstat opnår fordel ved at tilsidesætte et direktiv. Derimod er det ifølge forfatteren en misforståelse at antage, at Højesteret ikke skulle have overvejet den relevante fællesskabsretlige praksis. Denne praksis blev nøje gennemgået af parterne, og forfatteren antager, at Højesteret har tilstræbt, at afgørelsen kan fremtræde som en bevisbedømmelse inden for rammerne af den fællesskabsretlige praksis. Alligevel finder hun det velbegrundet at henstille til Skatteministeriet, at dette ikke modsætter sig en senere begæring om forelæggelse. »Kun derved kan man tilkendegive, at man ikke frygter svaret«. Også *Peter Gjortler* kritiserer Højesterets ambi-domme af 15. marts 1994, jf. Lov & Ret 1994 nr. 4 s. 37 f. Eftersom EF-domstolen allerede i en dom af 25. februar 1988 har fastslået, at spørgsmålet om, hvorvidt tilbagebetaling af en ulovligt opkrævet afgift kan afskæres på grund af overvæltning, skal afgøres konkret og ikke ud fra generelle betragtninger, forekommer det forkert, når Højesteret udtrykkeligt tager udgangspunkt i en konstatering af, at en afgift som ambi'en efter de økonomiske redegørelser må antages generelt at blive overvæltet; denne konstatering fremtræder som en præsumption om overvæltning. Også flertallets bemærkning om, at der i tilbagebetalingskravet skal foretages et lineært fradrag for de sparede arbejdsgiverafgifter m.v., forekommer forkert. Der kan ifølge forfatteren ikke være adgang til generelt at fradrage besparelsen ved ophævelsen af en lovlig afgift i tilbagebetalingskravet for en ulovlig afgift. Det forhold, at en lovlig afgift ophæves, kan således ikke i sig selv udgøre en uberettiget berigelse. Det forhold, at en lovlig afgift er ophævet, samtidig med at en ulovlig afgift er indført, kan derfor kun indgå i den revisionsmæssige vurdering af, hvorvidt den pågældende virksomhed har udvist en prisadfærd, som underbygger, at den ulovlige afgift er overvæltet. Det forhold, at flertallet i Højesteret anser det for nødvendigt at opstille en fradragsadgang for den ophævede lovlige afgift, understreger ifølge forfatteren kun, at afgørelserne ikke bygger på en konkret vurdering af den sagsøgende virksomheds prisadfærd, men derimod alene på generelle betragtninger om den mulige adfærd på det pågældende marked. Dette forhold understreges ifølge forfatteren af, at mindretallet slet ikke i sin argumentation henviser til den sagsøgende virksomheds prisadfærd, mens flertallet alene anfører en helt standardiseret betragtning om, at »de foreliggende øvrige oplysninger, herunder om selskabets priser og regnskaber, ikke kan føre til et andet resultat.« På dette grundlag finder *Gjortler* ikke, at dommene fra Højesteret lever op til EF-domstolens betingelser om konkret vurdering af den enkelte virksomheds forhold, idet Højesteret i stedet opstiller

Når skadevolderen tjener på sit retsbrud

en præsumption om mulig adfærd på det pågældende marked og indskrænker den konkrete vurdering af virksomhedens prisadfærd til en bemærkning om, at regnskabstallene ikke giver mulighed for nogen anden konklusion end præsumptionens. Hertil kommer formuleringen af fradragsretten i tilbagebetalingskravet for den ophævede lovlige arbejds giverafgift. Derimod finder *Morten Wegener* i R&R 1994 nr. 10 s. 41 ff. ambidommene korrekte, idet EU-rettens krav til national ret på området kan koges ned til en fordring om, at der ikke må ske diskrimination, og at der loyalt skal skabes reelle muligheder for gennemførelse af tilbagebetalingskravet på grundlag af en fri bevisbedømmelse. Denne forfatter finder, at Højesteret fuldt ud har respekteret de grænser for tilbagebetalingskravene og disses gennemførelse, som drages af EU-retten. *Karen Margrethe Tyndeskov* er i R&R 1995 nr. 2 s. 43 ff., uenig med Morten Wegener. På grundlag af dommene i sagerne *San Giorgio* (sag 199/82), *Bianco & Girard* (sagerne 331, 376 og 378/85) og *Kommissionen mod Italien* (sag 104/86) sammenfatter hun EU-retspraksis således, at nationale lovbestemmelser kan udelukke tilbagebetaling, når den, der har betalt afgiften, faktisk har overvæltet den på andre, men at der ikke må indføres nationale lovbestemmelser, der gør det vanskeligt for den, der har betalt den ulovlige afgift, at opnå tilbagebetaling – herunder formodningsregler eller regler, der pålægger den, der har betalt den ulovlige afgift, bevisbyrden for overvæltning, eller regler om bevisformen (f.eks. krav om skriftligt bevis). Forfatteren finder, at Højesterets præmisser indeholder formodningsregler i strid med fællesskabsretten, særligt med præmis nr. 14 i dommen *San Giorgio*, når det hos Højesteret – i modsætning til Østre Landsret, som lagde vægt på en konkret bedømmelse i den enkelte sag – hedder: »Det må efter de foreliggende økonomiske redegørelser lægges til grund, at en afgift som ambi'en, der ligesom moms er af generel karakter, og som beregnes på samme grundlag som moms, på et marked med fri prisdannelse ud fra en isoleret betragtning i almindelighed vil blive overvæltet fuldt ud på senere omsætningsled – i sidste instans forbrugerne – på samme måde som moms.« På denne baggrund konkluderer forfatteren, at højesteretsdommene er i strid med fællesskabsretten på væsentlige punkter. Forfatteren finder, at man for at komme ud af den uheldige situation – hun henviser til de enorme bevismæssige vanskeligheder, erhvervsvirksomhederne har mødt efter dommene – ville være hensigtsmæssigt med en ny præjudiciel forelæggelse, og hun henviser til, at *Erik Werlauff* i TfS 1994.288 har givet en anvisning på, hvilke spørgsmål der er relevante i den sammenhæng. Et andet middel kunne være en klage til Europa-Kommissionen over manglende overholdelse af fællesskabsretten med hjemmel i art. 226 EF (ex 169). *Karen Margrethe Tyndeskov* imødegås af *Morten Wegener* i R&R 1995 nr. 2 s. 47 f. Hans synspunkt er, at den centrale fællesskabsretlige fordring til national ret går ud på, at der ved vurderingen af overvæltningsspørgsmålet skal sikres de nationale domstole en fri bevisbedømmelse, således at navnlig bevisregler med formodningskarakter med adresse til virksomhederne undgås. Denne fordring er efter højesteretsdommene fuldt ud efterlevet i dansk ret ifølge denne forfatter. Længere kan den bag fordringen liggende begrundelse – hensynet til medlemsstaternes overholdelse af fællesskabsretten – nødvendigvis heller ikke føre, når udgangspunktet for bedømmelsen af tilbagebetalingsspørgsmålene er reglerne i de enkelte nationale retsordener. *Karen Dyekjær-Hansen* analyserer i UfR 1994 B s. 407 ff. ambidommene med henblik på at præcisere dansk rets nugældende regel om tilbagebetaling af afgifter, hvorimod der for så vidt angår fællesskabsretten henvises til *Werlauffs* og *Gjørtlers* ovennævnte artikler. *Dyekjær-Hansen* påviser, at der kun findes én dom i dette århundrede, hvor overvæltningssynspunktet alene og udtrykkeligt har båret en frifindelse, nemlig den for ambi-sagerne centrale hvedeafgiftsdom i UfR 1952.947 H, kommenteret i TfR 1953.458 ff. Prisen i denne sag var i det hele bestemt af myndighederne, og afgiften havde medført, at myndighederne tillod en forhøjelse af hvedeprisen. Såfremt

Erik Werlauff

stillede i ambi-dommene, søgtes efterfølgende forelagt for EF-domstolen i de nye ambi-sager, men Højesteret afslog sådan forelæggelse.⁶⁸ Resultatet heraf er uvægerligt, at det danske system kom til at »hvile i sig selv«, medmindre nogen udefra vil forsøge at antaste det. Eftersom andre medlemsstaters søgsmålsbeføjelse i realiteten aldrig udnyttes, måtte et sådant initiativ i givet fald komme fra Kommissionen, men Kommissionen gennemgik og godkendte det danske retsopgør efter ambi'en.

den afgiftspligtige, Aarhus Dampmølle, herefter fik beløbet tilbage, ville dette efter Højesterets opfattelse medføre en berigelse, der fandtes urimelig. I forbindelse med behandlingen for EF-domstolen af sagen *Hans Just* (snapsesagen, 68/78, Saml. 1980 s. 501) om en diskriminerende og dermed ulovlig dansk spiritusafgift anførte den danske regering med henvisning til hvedeaftgiftssagen, at dansk ret – som en refleks af berigelsesgrundsætningen – afskar tilbagebetaling af afgifter, såfremt en sådan tilbagebetaling ville føre til ugrundet berigelse, og Dyekjær-Hansen nævner, at EF-domstolen accepterede eksistensen af en sådan – påstået – grundsætning. Hun finder det interessant, at det tilsyneladende var Hans Just-sagen og dermed hvedeaftgiftsdommen, der inspirerede Italien og Frankrig til at indføre lovregler om afskæring af tilbagebetalingskrav efter antaget overvæltning. Dyekjær-Hansen påpeger, at EF-domstolen afviste at give sin ambi-dom virkning alene for fremtiden, nemlig med begrundelse i en retfærdighedsbetragtning, der klarest udtryktes i generaladvokatens udtalelse: »Kalkulerede overtrædelser bør ikke kunne betale sig, og konsekvensbetragtninger er fremmede for dén principanvendelse, der er rettens kerne.«

68. Ved *TfS 1994.108 H* (= *UfR 1994.181 H*) tog Højesteret stilling til, om ambi-sagen på ny skulle forelægges EF-domstolen som forlangt af firmaerne under anke af dommene fra Østre Landsret (*TfS 1993.343 Ø*, *TfS 1993.361 Ø*). Det blev gjort gældende af firmaerne, at Domstolen burde spørges, om dén adgang til at påberåbe sig overvæltningssynspunktet, der har været fastslået i sager om afgifter opkrævet i strid med selve traktaten, også gælder i sager som de foreliggende, hvor der er tale om afgifter opkrævet i strid med et direktiv. Højesteret fandt imidlertid ikke grundlag for at anlægge en sådan sontring, og Højesteret fandt derfor, at de nationale myndigheder også kan påberåbe sig overvæltningssynspunktet, hvor afgifter er opkrævet i strid med et direktiv. Dette gælder også, selv om myndighederne burde have indset, at afgiften var i strid med fællesskabsretten, og selv om der ved indbetalingen blev taget udtrykkeligt forbehold. Spørgsmålet, om der er sket overvæltning, må således afgøres af de nationale domstole på grundlag af en fri bevisbedømmelse i den enkelte sag, og Højesteret fandt derfor, at intet af de foreslåede spørgsmål burde forelægges EF-domstolen. Begæring om udsættelse af sagerne blev derfor ikke taget til følge, og berømmelsen af domsforhandlingerne blev derfor fastholdt. Man tør nok sige, at Højesteret gennem en sådan afgørelse har givet statsmagten maksimal beskyttelse – men de europaretlige krav til dansk procesret er herved kun i beskeden omfang varetaget.

Når skadevolderen tjener på sit retsbrud

11. Uddybning af overvæltningskriteriet (Comateb mv.)

EF-domstolen har i øvrigt benyttet et antal senere domme til at skærpe sine krav til nationale domstoles respekt for fællesskabsretten i tilbageøgningsspørgsmål. Ved dom af 14. januar 1997 i de forenede sager C-192/95 til C-218/95, *Comateb m.fl.*, tog Domstolen således stilling til virksomhedernes ret til tilbagebetaling af en fransk særtold, som var opkrævet i strid med fællesskabsretten. Det hedder i dommen, at en medlemsstat kun kan modsætte sig tilbagebetaling, når det er godtgjort, at en anden person fuldt ud har måttet betale afgiften, og at en tilbagebetaling til den erhvervsdrivende ville medføre en ugrundet berigelse for ham. Det påhviler de nationale domstole på baggrund af de konkrete omstændigheder i den enkelte sag at vurdere, om disse betingelser er opfyldt. Hvis kun en del af afgiftsbyrden er overvæltet på senere led, må de nationale myndigheder tilbagebetale det ikke overvæltede beløb til den erhvervsdrivende. Den omstændighed, at der findes en lovbestemt pligt til at lade afgiften indgå som en del af kostprisen, er ikke tilstrækkelig til, at der skabes en formodning for, at hele afgiftsbyrden er overvæltet på senere led, heller ikke selv om en tilsidesættelse af denne pligt vil kunne medføre en sanktion.⁶⁹ I præmis 29 fremhæver Domstolen, at *selv om det er godtgjort, at afgiften helt eller delvis er overvæltet på køberen af varen eller tjenesteydelsen, vil en tilbagebetaling til den erhvervsdrivende af det overvæltede beløb ikke nødvendigvis medføre en ugrundet berigelse for ham*. Domstolen tilslutter sig i præmis 31 generaladvokatens opfattelse, hvorefter den erhvervsdrivende kan have lidt

69. I dommens præmis 25 udtaler Domstolen, at det ved dom af 25. februar 1988 i sagerne 331/85, 376/85 og 378/85, *Bianco & Girard*, er udtalt af Domstolen, at selv om nationale lovregler om indirekte afgifter tilsigter, at afgifterne overvæltet på den endelige forbruger, og selv om indirekte afgifter inden for erhvervslivet i almindelighed overvæltet delvis eller fuldt ud, kan man ikke generelt lægge til grund, at sådanne afgifter i alle tilfælde rent faktisk overvæltet. Hvorvidt der rent faktisk, delvis eller fuldt ud, sker en overvæltning, afhænger således af en række forskellige omstændigheder ved hver enkelt transaktion, som giver denne en særlig karakter i forhold til andre transaktioner, der sker i andre sammenhænge. Spørgsmålet om, hvorvidt der i det enkelte tilfælde er sket en overvæltning af en indirekte afgift, beror derfor på de faktiske omstændigheder, som det henhører under den pågældende nationale ret at klarlægge, hvorved denne må have et frit skøn med hensyn til bevisbedømmelsen. Det kan imidlertid ikke antages, at der i forbindelse med indirekte afgifter består en formodning for, at der er sket en overvæltning, således at det påhviler den afgiftspligtige at godtgøre, at dette ikke har været tilfældet.

Erik Werlauff

et tab som følge af, at han har overvæltet afgiften på senere led, fordi den prisstigning, overvæltningen har fremkaldt, har medført et fald i salgsmængden. Den erhvervsdrivende vil således, jf. præmis 32, med rette kunne gøre gældende, at selv om afgiften er overvæltet på køberen, har han lidt et tab som følge af, at afgiften er indgået som en del af kostprisen, hvilket har medført en stigning i varernes pris og et fald i salgsmængden, og at dette indebærer, at der ikke eller ikke fuldt ud er tale om en sådan ugrundet berigelse, som en tilbagebetaling ellers ville medføre.⁷⁰

I dommen i den danske forelæggelse i *Fantask A/S m.fl. mod Erhvervsministeriet*, dom af 2. december 1997 i sag C-188/95 var der spørgsmål om de registreringsafgifter (»promillegebyrer«), som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (tidligere: Aktieselskabsregisteret) gennem en årrække opkrævede ved registrering af nyt selskab og ved kapitalforhøjelse. Afgifterne var dels et grundbeløb, dels en promillesats af den nominelle aktie- eller anpartskapital. Ved dommen i sagen *Fantask* gav domstolen retningslinier for, hvad der ville være et rimeligt gebyr (beregnet ud fra faktiske omkostninger ved registreringsaktiviteten, herunder andel af generalomkostninger), ligesom der blev taget stilling til spørgsmålet om tilbagesøgning. Herom fastslog Domstolen for det første, at »undskydelig uvidenhed« om fællesskabsretten hos myndighederne ikke betød noget for tilbagesøgningsmuligheden.

Samtidig godkendte Domstolen imidlertid – på fællesskabsrettens »nuværende udviklingstrin« – anvendelsen af almindelige nationale forældelsesfrister (i Danmark: den 5-årige forældelse efter forældelsesloven af 1908), regnet fra det tidspunkt, hvor gebyrerne kunne kræves tilbagebetalt, når blot fællesskabsretlige og nationale krav herved behandles lige. Det ville som nævnt have været forfriskende, hvis Domstolen herved i præmisserne erkendte, at *Fantask* er udtryk for en praksisændring i forhold til *Emmott* m.v. – for således forholder det sig jo.

70. Comateb er kommenteret af Karen Margrethe Tyndeskov i TfS 1997.398, som finder, at dommen giver tilbagesøgningsadgang i videre omfang, end hvad der følger af Told & Skats vejledninger i cirkulæret herom. Lars Kjolbye har i EU-ret & Menneskeret 1998 s. 29 f. interessante betragtninger over bevisstyrkekravet vedrørende tab pga. omsætningsnedgang efter overvæltning. Alt andet lige finder han, at beviset må være lettere at løfte ved importerede varer, og at bevisbyrden må være løftet, hvis der kan påvises nær tidsmæssig sammenhæng mellem overvæltningen og en klar omsætningsnedgang. Disse synspunkter kan tiltrædes.

Når skadevolderen tjener på sit retsbrud

Efter dommen i sagen *Comateb* har Højesteret endnu en gang, og atter i en dansk forelæggelse, taget stilling til spørgsmål om tilbagebetaling af ambi, jf. *TfS 1997.535 H* (= *UfR 1997.1171 H*, *Monsanto-Searle A/S, salg af ukrudtsmidlet Roundup*).⁷¹ Ved højesteretsdommen blev ambi's karakter af en momslignende afgift tillagt afgørende betydning for spørgsmålet om overvæltning. *Comateb*-dommen blev indtaget i sagen og er citeret i Højesterets præmisser, men Højesteret fandt, at der var sket overvæltning, og at tilbagebetaling ville medføre en ugrundet berigelse. Spørgsmålet er, om der herved fuldt ud er foretaget den bedømmelse i henseende til omsætningsnedgang m.v., som dommen i *Comateb* lægger op til. I hvert fald er konstateringen af overvæltningen ikke i sig selv nok til at udelukke tilbagebetaling – men et fremskridt i forhold til højesteretsdommene i sagerne *Denkavit* og *Bose* er det trods alt, at der nu ikke opereres med diverse bevisformodninger m.v., men foretages en meget konkret bedømmelse.

I *Dilexport*, dom af 9. februar 1999, sag C-343/96, trak Domstolen den grænse vedrørende overvæltnings- og bevisbyrdespørgsmålet, at staten ikke må gøre tilbagebetalingen betinget af, at afgiften ikke er blevet overvæltet på tredjemand, og at virksomheden har bevisbyrden herfor.

I *Dounias*, dom af 3. februar 2000 i sag C-228/98, bestemte græske regler om importafgifter, at en indsigelse mod afgiften først skulle indbringes for en administrativ klagemyndighed, og at vidneførsel kun undtagelsesvis var tilladt i søgsmål med krav om erstatning fra staten for overtrædelse af fællesskabsretten. Hvad sidstnævnte, noget særegne procesregel angik, bemærkede Domstolen (man kunne tilføje: som sædvanlig), at de processuelle regler ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret, og at de heller ikke i praksis må gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der følger af fællesskabsretten. Med hensyn til bevisreglen måtte den nationale ret undersøge, om borgeren eller virksomheden på anden måde – og navnlig skriftligt – kan føre bevis for sit tab.

Det kan måske undre, at Domstolen ikke i noget klarere vendinger fordømte de græske regler.

71. Kommenteret af Karen Dyekjær-Hansen i *TfS 1997*, 574.

Erik Werlauff

12. Kritisk vurdering – behov for fællesskabsretlig regulering

Sammenfatningen af disse betragtninger vil jeg gerne foretage ud fra den virksomheds synsvinkel, som uretmæssigt er blevet afkrævet en afgift, der viser sig at have været i strid med fællesskabsretten. Som jurist, der var involveret i overvejelser set fra virksomheders synsvinkel både i relation til ambi'en og i relation til de af Domstolen underkendte registreringsafgifter, har jeg haft problematikken tæt inde på livet i en praktisk sammenhæng, og jeg har jævnligt haft anledning til at undre mig over, hvor langt der er mellem de fine, principielle fællesskabsretlige betragtninger om afgifters retsstridighed mv. – og på den anden side den praktiske virkelighed for en virksomhed, der vil prøve at holde skadevolderen: staten, ansvarlig for sit tab.

Når der argumenteres erstatningsretligt i forhold til en medlemsstat, skal der foreligge en »kvalificeret« overtrædelse af fællesskabsretten, eftersom det offentlige er regel giver. Dette krav om »noget mere« end blot en overtrædelse vil ofte være opfyldt i relation til afgifter, som er fællesskabsstridige. Det havde da heller ikke skortet på advarsler i relation til ambien', og også promillegbyrerne til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen var der længe blevet advaret imod – ligesom Rigsrevisionen havde påtalt, at der opkrævedes afgifter, som oversteg registeromkostningerne, uden lovhjemmel, dvs. alene på grundlag af en bekendtgørelse.

Det næste problem er at påvise, at der er lidt et tab. Her vil de bevisbyrde- og bevisstyrkere gler, der er redegjort for i det foregående, ofte komme virksomheden til skade, når det drejer sig om at konstatere, om den ulovlige afgift er »overvæltet«. Hvis virksomheden taber denne argumentation – som staten har uanede ressourcer at sætte ind imod – er tilbagesøgnings- eller erstatningskravet tabt for virksomheden, og staten har allerede herved tjent på sit fællesskabsretlige retsbrud. Det kommer herved slet ikke i betragtning, at *nogen* jo da må have lidt et tab, nemlig et senere omsætningsled, eventuelt slutbrugerne, dvs. ofte en større kreds af forbrugere. Dem gør man ikke noget reelt forsøg på at holde skadesløse, og konsekvensen heraf er som nævnt, at den manglende placering og udligning af det reelle tab kommer skadevolderen direkte til gode. Det kunne indvendes, at det ofte vil være umuligt at opspore og skadesløsholde dem, der har lidt det konkrete tab. Denne

Når skadevolderen tjener på sit retsbrud

indvending er ofte rigtig, men man kan dog straks heroverfor anføre, at der slet ikke gøres noget forsøg på en sådan opsporing – som formentlig i en række tilfælde kunne være mulig. Man lader det få sit forblivende ved konstateringen af »overvæltningen« – og hermed er sagen tabt for virksomheden. Dette er ganske besynderligt – for i en lang række situationstyper, hvor en virksomhed har opkrævet for høje priser, f.eks. i strid med lovregulerede prisberegninger inden for forsyningssektoren, kan man pålægge virksomheden at foretage en justering af sine priser i en periode, indtil virksomhedens berigelse er tilnærmelsesvis udlignet. Når det drejer sig om at holde virksomheden ansvarlig for konsekvenserne af en retsstridig handlemåde, prisberegning, gebyropkrævning mv., har vi egnede retsmidler, uanset at de ikke skaber millimeterretfærdighed i forhold til hver enkelt forbruger, men når det kommer til at anvende tilsvarende principper på staten som skadevolder, ofte efter klare advarsler om den retsstridige regelgivning, jf. ambi-sagen, gøres der intet forsøg på at udligne tabet for de skadelidte hhv. gevinsten for skadevolderen. I Retsplejerådets betænkning om gruppesøgsmål (BET. 1468/2005), gives der en række eksempler på myndighedsafgørelser, der på den her nævnte måde udligner skaden. Men fællesskabsretten er indtil videre ganske utilstrækkelig på dette område, og national ret synes ikke at have i sinde – eller at have nogen interesse i – at skabe en retfærdig udligning på dette område.

Endelig er der forældelsesproblematikken. Fællesskabsretten har her kapituleret og dom for dom accepteret en stadigt ringere stilling for tilbagesøgningskravet. Ækvivalens- og effektivitetsprincippet har været mantraer, uanset hvor korte frister nogle landes lovgivning har haft. Særligt hvad angår spørgsmålet om suspension af forældelse er kravene til national ret utilstrækkelige, jf. de danske sager om tilbagesøgning af promillegebyrerne (registreringsgebyrerne). Den »undskyldelige uvidenhed« om tilbagesøgningskravet, som ellers kunne medføre suspension af forældelsen, gælder ikke, når »uvidenheden« er af retlig beskaffenhed. Tilbagesøgningen bliver dermed en simpel tilbageregning fra erlæggelsestidspunktet, og ofte vil dette afskære store dele af de krav, der ellers kunne være. Den stat, der selv hårdnakket har bestridt, at den specifikke afgift skulle være fællesskabsstridig, får med andre ord det privilegium efterfølgende at kunne påberåbe sig, at »enhver« da hele tiden måtte have kunnet sige sig selv, at afgiften var fællesskabsstridig! Virksomheden kan dermed ikke påberåbe sig, at forældelsen først løber

Erik Werlauff

fra den dag, hvor en leading case afsiges af Domstolen. Forældelsen løber ubønhørligt fra tidspunktet for afgiftens betaling til det offentlige. En sådan retstilstand er måske nok egnet til at beskytte statskasserne, men den er bestemt ikke egnet til at skabe respekt om fællesskabsretten.

Den samlede konklusion må være, at dette retsområde ikke længere kan overlades til national ret, men bør reguleres gennem fællesskabsforskrifter, der fastlægger grundlæggende normer for ansvar, tilbagesøgning mv., og som herved også tager stilling til, hvordan »overvæltningsargumentet« kan undgå at blive et instrument til at lade skadevolderen (læs: staten) tjene på sit retsbrud, og hvordan forældelsesreglerne på fællesskabsniveau kan indrettes, så man undgår, at tilbagesøgningskravet er forældet, før nogen virksomhed har haft anledning til at gøre sig reelle tanker om den erlagte afgifts fællesskabsmedholdelighed – og hvor man ligeledes undgår den absurde situation, vi har i dag, hvor staten først bestrider afgiftens fællesskabsstridighed, for dernæst – når denne fællesskabsstridighed er fastslået – at kunne påberåbe sig, at enhver burde kunne have indset fællesskabsstridigheden, og at forældelsen derfor ikke kan vente med at begynde at løbe, til Domstolen har fastslået fællesskabsstridigheden.

Den retsøkonomiske doktrin om *efficient breach* (of contract), dvs. at et kontraktbrud e.o. kan være rationelt ud fra et bredere økonomisk perspektiv, må herved falde i erindring. Retsøkonomens udgangspunkt er ikke, at kontrakter – og retsforskrifter i øvrigt – skal overholdes, men at det er legitimt at foretage en kalkulation af, om et retsbrud kan betale sig rent økonomisk. En sådan tankegang tager ikke fornødent hensyn til den moralske værdi, man i generationer har lagt i løfters, aftalers og lovreglers overholdelse – men erkendes må det, at den retstilstand, jeg har søgt at redegøre for ovenfor, lægger op til en sådan rent økonomisk tankegang fra staternes side. Det foregående skal i denne sammenhæng forstås som en argumentation for, at fællesskabsretten fremtidigt bør indrettes på en sådan måde, at der ikke vil kunne foretages en meningsfyldt kalkule over »efficient breach of community law«.

Skatterådgiverens erstatningsansvar

Af adjunkt, ph.d. Nikolaj Vinther

1. Indledning

Skatterådgivning foretages sædvanligvis af revisorer, idet rådgivning af denne art hører til deres kernekompetencer. Der er dog tillige flere andre grupper af rådgivere, f.eks. advokater, ejendomsmæglere, fagforeninger m.v., der i forbindelse med anden rådgivning også må være opmærksom på og tage stilling til skatteretlige problemstillinger for ikke at ifalde erstatningsansvar.

I denne artikel er det imidlertid kun advokaternes og revisorernes rådgivning om skat eller mangel på samme, der vil blive bedømt i en erstatningsretlig belysning.

Det er begrundet med, at det hovedsageligt er disse to faggrupper, som professionelt rådgiver inden for dette område.

Det har tidligere været omdiskuteret, hvorvidt der for advokater var en selvstændig pligt til at rådgive om skat, når dette var en accessorisk ydelse i forhold til hovedydelsen.⁷² Denne diskussion må nu anses for overstået efter højesteretsdommen i *UfR 1985.489 H*, hvor Højesteret udtaler, at advokaten af egen drift skal rådgive om skattemæssige forhold. Advokaten blev dog i den konkrete sag frifundet, idet fremgangsmåden ikke klart kunne udledes af lovreglerne, og idet den ikke var almindelig kendt på daværende tidspunkt.

Artiklen vil give et bud på, hvordan eller om der har været en udvikling inden for området erstatningsansvar ved skatterådgivning.

72. For en nærmere gennemgang af diskussionen, se *Lars Bo Langsted: Rådgivning I*, 1. udgave, s. 402 ff.

Nikolaj Vinther

2. Ansvarsstandarden i forbindelse med skatterådgivning

Det er en bærende forudsætning for at ifalde erstatningsansvar, at rådgiveren har handlet anderledes end det, som professionens normer kræver af ham. Han er således underlagt et professionelt ansvar, hvor normen er den gode faglige standard, som man med rette kan stille til den sagkyndige.⁷³ Culpapreglen er en retlig standard, hvilket betyder, at de respektive ansvarsområder er præget af hver sine hensyn.

Flere forskellige forhold kan have betydning, når det skal vurderes, hvorvidt der er grundlag for at statuere, at en rådgiver – være sig revisor eller advokat – har handlet ansvarspådragende ved at yde mangelfuld skatterådgivning. Skatteområdet er således i særlig grad præget af moralske hensyn, hvor domstolene hidtil har været afvisende over for at påkende en rådgiver erstatningsansvar, når en klient ikke får den skattemæssige position, som et fejlslagent skatteudnyttelsesarrangement tilsigtede, og klienten burde vide, at der var tale om et rent skattearrangement.⁷⁴

2.1 Notatet og kundeaftalens betydning

Et væsentligt element i forbindelse med vurderingen af, om rådgiveren har handlet ansvarspådragende, er det kontraktgrundlag, som ligger til grund for rådgivningen. Kontraktgrundlaget kan bestå af flere delelementer. Det er f.eks. almindeligt, at rådgivningen sker over flere tempi, og at der undervejs udarbejdes et notat, der kan danne grundlag for klientens beslutning om, hvorvidt dispositionen ønskes iværksat eller ikke.⁷⁵ Dette notat afgrænser ofte rådgivningsopgaven, påpeger risici ved iværksættelsen af dispositionen, og indeholder ofte en anbefaling, f.eks. valg af en bestemt metode eller f.eks. indhentelse af bindende forhåndsbesked/ligningssvar. Rådgiveren har udfyldt sin rolle, når

73. *Bo von Eyben og Helle Isager: Lærebog i erstatningsret*, 5. udg., s. 80 ff. og *Morten Samuelson og Kjeld Søgaard: Rådgiveransvaret*, 1. udg., s. 21 ff.

74. Se hertil *Lars Bo Langsted: Rådgivning I*, 1. udg., s. 398 ff., der finder, at skatterådgivning adskiller sig fra andre rådgivningsobjekter som følge af domstolenes ambivalente forhold til denne form for rådgivning, hvor målet er at mindske klientens skattetilsvær.

75. I *FSRs Etikudvalg og Bestyrelse: Retningslinjer for revisors etiske adfærd* (udkast), maj 2004 anføres det direkte i pkt. 33, at skatterådgivning skal dokumenteres, enten i form af et brev eller som et notat i arbejds papirerne.

Skatterådgiverens erstatningsansvar

denne præsenterer skøn i notatet på en sådan måde, at de ikke opfattes som værende mere præcise, end de er.

Aftalefriheden må almindeligvis indebære, at det står parterne frit f.eks. at afgrænse opgavens omfang og at aftale ansvarsbegrænsningsklausuler. Dette skal imidlertid vægtes overfor det hensyn, at skatterådgiveren og klienten ikke er ligestillede parter, eftersom ydelsens specielle karakter gør, at skatterådgiveren har langt den største indsigt i konsekvenserne af et forbehold og/eller en afgrænsning af opgaven.⁷⁶ Denne afvejning må medføre, at aftalen ikke i enhver henseende kan disculpere.

Der må således som udgangspunkt – uanset aftalens nærmere indhold – være en forpligtelse for rådgiveren til at præstere den ydelse, som er sædvanlig standard inden for professionen. Aftalen vil således ikke kunne danne grundlag for, at professionens sædvanlige standard fraviges.⁷⁷ Den adækvate reaktion er således ikke at fraskrive sig ansvaret, men at frasige sig opgaven, hvis rådgiveren ikke har de fornødne kompetencer til at løse denne. Det er således almindeligt forekommende, at en rådgivningsopgave deles mellem advokat og revisor, således at advokaten vurderer og udarbejder dokumenter vedrørende de civilretlige forhold, og at revisor vurderer de skatteretlige forhold. En sådan arbejdsdeling må normalt anerkendes, når dette er en del af aftalen med kunden.

I 1994.1532 V fandt landsretten, at det ikke var bevist, at der mellem en advokat og klienten var indgået en aftale om, at advokatens rådgivning ikke omfattede skatteretlige spørgsmål. Advokaten burde derfor have rådgivet om de skattemæssige forhold ved overdragelsen af fast ejendom, ligesom en revisor, der tillige deltog i rådgivningen, også burde have rådgivet om de skattemæssige forhold. Parterne blev imidlertid frifundet, idet klienten ikke kunne bevise, at den mangelfulde rådgivning havde medført et tab.

Vestre Landsret lægger i dommen til grund, at det kan aftales, at en rådgivningsopgave ikke omfatter skatterådgivning, men hvis dette ikke

76. Se *Anders Vinding Kruse: Advokatansvaret*, 6. udg., s. 8.

77. Se hertil *Bernhard Gomard: Forholdet mellem erstatningsregler i og uden for kontraktforhold*, 1. udgave, s. 365, *Morten Samuelson og Kjeld Søgaard: Rådgiveransvaret*, 1. udgave, s. 24. *Anders Vinding Kruse: Advokatansvaret*, 6. udg., s. 10 f. forekommer i den henseende at ville tillægge aftalen større betydning.

Nikolaj Vinther

er aftalt, falder man tilbage på hovedreglen, hvorefter en rådgiver (revisor eller advokat) har en selvstændig pligt til at rådgive herom.

En rådgivers afgrænsning af opgaven må som udgangspunkt accepteres, såfremt afgrænsningen fra rådgiverens side er saglig og velbegrundet, og for klienten opfattes som klar og gennemskuelig. Begrundelsen for, at sådanne afgrænsninger må accepteres, er, at uden denne mulighed vil rådgiveren stå over for det forhold, at han enten må vælge opgaven som den er eller helt fravælge at påtage sig opgaven. En påtagelse af opgaven under disse vilkår vil således alt andet lige medføre, at rådgiveren er nødsaget til at foretage en langt større undersøgelse, hvilket indebærer, at rådgivningsomkostningerne forøges. Mellemformen – hvor visse afgrænsninger accepteres – sikrer, at det er nemmere for klienten at bestille en nærmere specificeret rådgivningsydelse uden at skulle betale ekstra for en unødigt tilbundsående undersøgelse. Et forbehold, hvor rådgiveren f.eks. fraskriver sig ansvaret vedrørende en bedømmelse af en transaktions retlige virkninger efter udenlandsk ret, må således normalt accepteres, idet udenlandsk ret ikke kan kategoriseres som en »burde-viden« hos rådgiveren. Der kan f.eks. henvises til *TfS 2005.380 H*, hvor en advokat havde taget forbehold om, at han bl.a. ikke havde undersøgt, om der var sket dobbeltsalg eller lignende uregelmæssige dispositioner over vindmøller beliggende i Californien. Han ifaldt af samme grund ikke ansvar, da det senere viste sig, at dem, som havde solgt vindmøllerne, ikke ejede disse.

Rådgiver og klient kan endvidere have indgået en særskilt kundeaftale, der kan indeholde forskellige ansvarsbegrænsningsklausuler, f.eks. en grænse for erstatningens størrelse. Et minimumskrav for, at rådgiveren kan gøre en sådan ansvarsbegrænsningsklausul gældende, er selv sagt, at rådgiveren eller skadesbegivenheden er omfattet af dennes ordlyd, jf. hertil *TfS 2005.327 V*, hvor en revisor ikke personligt kunne påberåbe en ansvarsbegrænsningsklausul, idet det alene var hans revisionselskab, der var omfattet af klausulen. Derudover skal en rådgiver være opmærksom på, at der i retspraksis er en tendens til at fortolke ansvarsbegrænsningsklausuler indskrænkende. Det vil typisk kun være klausulens kerneindhold, som domstolene vil anse for aftalt. Det betyder, at jo mere præcis og målrettet en klausul er mod et bestemt hændelsesforløb, og jo mere klienten er gjort opmærksom på klausulen, desto større chancer er der for, at domstolene vil anerkende denne. Domstolene er dog generelt tilbøjelige til at bortfortolke en ansvarsbe-

Skatterådgiverens erstatningsansvar

grænsningsklausul, såfremt rådgiveren har handlet groft uagsomt eller forsætligt.⁷⁸

En kundeaftale kan desuden indeholde en klausul, hvorefter rådgiverens ansvar udvides til et objektivt ansvar, f.eks. hvis denne indestår eller garanterer for et bestemt resultat. Denne indeståelse eller garanti vil dog alene indtræde, såfremt den indtrufne begivenhed positivt er omfattet af indeståelsens/garantiens ordlyd i kontrakten, jf. hertil *TfS 2001.466 V*, hvor en revisors garanti for opgørelsen af et skattemæssigt underskud og en advokats indeståelse for oplysningernes rigtighed i kontrakten ikke kunne anses for en tilsikring af, at skattemyndighederne ikke kunne anfægte skattearrangementet. Det skal hertil bemærkes, at der skal meget til, førend en oplysning fra en rådgiver må anses for en garanti.⁷⁹

2.2 Udfyldning af professionsansvaret

En konkret aftale mellem klient og rådgiver kan som beskrevet ovenfor påvirke ansvarsbedømmelsen i udvidende (f.eks. hvis rådgiver har garanteret for et resultat) eller i indskrænkende (f.eks. hvis rådgiver har taget forbehold i et notat) retning. Det spørgsmål, der imidlertid her skal besvares, er, hvordan den sædvanlige professionsstandard fastlægges.

Betingelsen, for at rådgiver ifalder et erstatningsansvar, er, at denne har handlet anderledes, end det normalt kan forventes af en person med en tilsvarende professionel baggrund. Det drejer sig således om at holde fakta (de faktiske begivenheder) op i mod jus (culpareglen). Da culpa-reglen imidlertid er en retlig standard, der ikke nærmere definerer professionsnormen, forudsættes det, at denne fastlægges på anden måde. Dette sker normalt ved indhentelse af responsa fra Advokatrådet eller fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorer (FSR), idet disse brancheorganer er nærmest til at kende, hvad der er en almindelig god indsats inden for den pågældende branche. En anden mulighed er en udtalelse fra en af retten udpeget syn og skønsmand.

78. Se hertil *Lars Bo Langsted: Rådgivning I*, 1. udgave, s. 151 ff., *Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky: Lærebog i Obligationsret I*, 1. udgave, s. 404 og *Bernhard Gomard: Obligationsret 2. del*, 3. udgave, s. 234 ff. Tilsvarende gør sig gældende i norsk retspraksis, se *Viggo Hagstrøm: Obligasjonsrett*, 1. udgave, s. 622 ff., især s. 638.

79. Jf. *Torsten Iversen: Festskrift til Juridisk Klub*, s. 62, og *Lars Bo Langsted: Rådgivning I*, 1. udgave, s. 141 og 143.

Nikolaj Vinther

Ansvarsbedømmelsen foretages ud fra den professionsnorm, der var sædvanlig på »skadestidspunktet«, jf. også *TfS 2003.715 Ø*. Det forhold, at ansvarsbedømmelsen foretages på skadestidspunktet, indebærer selv sagt, at en ansvarsfritagelsessag kan falde anderledes ud, såfremt det tilsvarende sagsforhold blev vurderet efter nutidens ansvarsnormer.

Skatterådgivning indebærer oftest, at rådgiver foreslår flere muligheder til løsning af samme problem. Det erstatningsretlige moment kommer ind i billedet, hvis det senere viser sig, at der var et bedre alternativ.

Spørgsmålet er herefter, om rådgiver handler ansvarspådragende efter de gældende regler om professionsansvar, hvis han undlader at rådgive klienten om nærmere bestemte muligheder.

Dette afhænger bl.a. af, hvor udbredt den alternative model/mulighed var på rådgivningspunktet, og hvor klar dagældende skattelovgivning var.⁸⁰

En skatterådgiver, der undlader at rådgive om en nærliggende alternativ mulighed, vil således alt andet lige pådrage sig et erstatningsansvar. Hvis en revisor eller advokat således rådgiver en klient i forbindelse med dennes omdannelse af sin personligt ejede virksomhed til et aktieselskab, er der således en forpligtelse til at rådgive om såvel den skattepligtige som den skattefrie virksomhedsomdannelse.

Det er således klart ansvarspådragende, hvis revisor eller advokat kun rådgiver om den skattepligtige virksomhedsomdannelse trods det, at lov om skattefri virksomhedsomdannelse åbner mulighed for at gennemføre transaktionen skattefrit. Der er her tale om, at rådgiveren forsømmer at rådgive om en mere fordelagtig skattemæssig løsning. Ved ansvarsbedømmelsen tillægges det betydning, at den skattefrie løsningsmodel er en lovmæssig mulighed, som alle rådgivere inden for området bør være bekendt med, jf. f.eks. *TfS 2003.647 H*, hvor Østre Landsret tilkendte klienten et beløb på 50.000 kr. for afholdelse af sagsomkostninger til omgørelse af en skattepligtig virksomhedsomdannelse til en skattefri virksomhedsomdannelse, eller *TfS 2003.674 V*, hvor en revisor fandtes at have handlet culpøst, idet han havde undladt at rådgive om skattefri virksomhedsomdannelse. Revisor var i sagen blevet anmodet om at udarbejde en åbningsbalance i forbindelse med

80. Jf. hertil *Paul Krüger Andersen i Lars Bo Langsted m.fl.: Revisoransvar*, 6. udg., s. 220 og *Anders Vinding Kruse: Advokatansvaret*, 6. udg., s. 18 ff.

Skatterådgiverens erstatningsansvar

stiftelse af et anpartsselskab, men han blev trods denne afgrænsede opgave erstatningsansvarlig alene af den grund, at han var vidende om klientens skattemæssige problemstilling, hvis en skattepligtig overdragelse blev gennemført.

En statsautoriseret revisor havde i *TfS 2001.571 Ø* ikke i forbindelse med udarbejdelsen af tre klienters selvangivelser fradraget beløb til vedligeholdelse af en 20 år gammel ejendom eller fradraget beløb til vedligeholdelse af en ny erhvervet ejendom. Revisoren var ikke opmærksom på, at dette var muligt i henhold til dagældende praksis. FSR's responsumudvalg havde i sagen udtalt, at en revisor i henhold til god revisorskik havde en selvstændig forpligtelse til at undersøge, om disse omkostninger var fradragsberettigede. Klienterne havde som følge af de skatteretlige forældelsesregler ikke mulighed for at fradrage alle omkostningerne. Østre Landsret fandt, at revisoren var erstatningsansvarlig, idet der var en nærliggende mulighed for at få fradrag, bl.a. var dette positivt tilkendegivet i ligningsvejledningen. I *TfS 2005.327 V* blev en revisor fundet erstatningsansvarlig, idet han ikke havde rådgivet om risikoen for, at en tidligere gennemført gældskonvertering indebar, at aktier i et selskab var ejet under 3 år, og at aktierne i selskabet derfor ikke kunne sælges skattefrit, hvilket revisor uden forbehold havde tilkendegivet. Der kan tillige henvises til *TfS 2002.702 H* og *TfS 2002.703 H*, hvor Højesteret udtalte, at manglende rådgivning om, at aktieafgift først kunne undgås, når et aktieselskab var omdannet og registreret som et anpartsselskab, var en klar ansvarspådragende advokatfejl.

Rådgiveren kan kun ifalde ansvar, såfremt den mangelfulde rådgivning kan relateres til rådgiveren som en forsømmelse. Der er således intet grundlag for at pålægge rådgiveren et erstatningsansvar, såfremt klienten f.eks. har handlet på egen hånd uden rådgiverens medvirken, jf. således *FED 1999.1974 V*. Der kan endvidere ikke pålægges rådgiveren et erstatningsansvar, såfremt denne loyalt har redegjort om risikoen for, at skattemyndighederne vurderer sagen anderledes. Det forhold, at der i en aktieoverdragelsesaftale er en bestemmelse om, at overdragelsessummen skal nedsættes med en bestemt procentdel, hvis myndighederne nedsætter f.eks. et fremførbart underskud, kan dog ikke i sig selv medføre, at klienten er blevet oplyst om, at der er en mulig risiko for dette, jf. hertil *FED 1998.862 Ø*. Det må kræves, at vedkommende positivt er blevet rådgivet om dette, eftersom regule-

Nikolaj Vinther

ringsklausuler om nedsættelse af overdragelsessummen oftest kan karakteriseres som typebetingelser.

Det er imidlertid ikke enhver undladelse om at rådgive om en model eller fradragsmulighed, som for rådgiveren indebærer et erstatningsansvar. Der er således ingen forpligtelse til at rådgive om en model, som falder uden for rådgiverens opdrag, og som er irrelevant, idet den af retlige eller økonomiske grunde ikke er gennemførlig, jf. *TfS 2003.575 H*. Revisionsfirmaet Ernst & Young var i sagen blevet sagsøgt, idet en af dets revisorer ikke havde rådgivet om en lånefinansieringsmodel i forbindelse med en skattefri omdannelse af en personligt ejet virksomhed til aktieselskab. Højesteret frifandt revisionsfirmaet, idet lånefinansieringsmodellen – der var i flere varianter – enten ikke var fordelagtig eller ikke var økonomisk, juridisk eller forretningsmæssigt gennemførlig. Sagsøgeren havde i hvert fald ikke sandsynliggjort gennemførligheden af sidstnævnte.

Højesteret fandt ligeledes i *TfS 2003.647 H*, at der ikke var pligt til at rådgive om varianter (lånefinansieringsmodeller), der måtte anses for irrelevante. Højesteret bemærkede herudover, at »Det samme gælder varianter, der – også under hensyn til en eventuel usikkerhed – samlet ikke kan anses for fordelagtige, hvorved bemærkes, at der må udvises varsomhed vedrørende varianter, hvori indgår et element, der ikke har karakter af en normal forretningsmæssig disposition.« Højesterets forbehold må læses således, at domstolen vil være tilbageholdende med at ikende erstatningsansvar over for en rådgiver, der undlader at rådgive om usikre ikke-forretningsmæssige dispositioner. Dette forekommer forståeligt, når Foreningen af Registrerede Revisorer's (FRR) respons tages i betragtning. FRR var i sagen blevet spurgt, om manglende rådgivning om lånefinansieringsmodellen var i strid med god revisorskik. FRR udtalte bl.a., at skattemodellen var af spekulativ karakter, og at de seneste års praksis vedrørende tilsidesættelse af skatteudnyttelsesarrangementer viste, at der skulle udvises forsigtighed ved rådgivning inden for dette område. FRR fandt af den grund ikke, at en undladelse af at rådgive om lånefinansieringsmodellen var i strid med god revisorskik.

Skatterådgiverens erstatningsansvar

2.2.1 Skatteudnyttelsesarrangementer

Det er hovedsageligt erstatningsansvar for skatterådgivning i forbindelse med rådgivning af klienter, der indlader sig på et skattearrangement, hvor der erstatningsretligt har været en udvikling.

Denne udvikling belyses bedst ved en kronologisk gennemgang af de senere års praksis.

Ved et skattearrangement forstås et arrangement, hvor hovedformålet med dispositionen er at få en skattemæssig fordel. Det er endvidere karakteristisk ved disse arrangementer, at lovgivningens grænser prøves, og at der ofte er tale om, at flere lovbestemmelser skal tages i betragtning, og at der skal tages stilling til vanskelige juridiske spørgsmål. Skatterådgiveren er ved løsningen af disse opgaver stillet over for en svær opgave, hvor det drejer sig om loyalt at rådgive klienten om de risikomomenter, der er for, at skattearrangementet helt eller delvis underkendes af skattemyndighederne. Dette skal holdes overfor, at klienten ved indtræden i disse arrangementer er eller burde være bekendt med, at der er tale om arrangementer, der ligger højt på »smartness« skalaen. Afgørelserne på området ses at være en afvejning af disse momenter.

Højesteret tog i *UfR 1988.692 H* stilling til, hvorvidt en revisor var erstatningsansvarlig, idet en hovedaktionær personligt havde etableret et interessentskab efter revisorens anbefaling i Schweiz, og hvor skattemyndighederne i Danmark senere underkendte etableringen, eftersom der aldrig blev etableret nogen salgsorganisation. Indkomsten blev derfor i stedet beskattet i hovedaktionærens danske selskab. Da de schweiziske skattemyndigheder fastholdt beskatningen af den i Schweiz beliggende aktivitet, medførte dette en dobbeltbeskatning. Spørgsmålet var, om revisoren i den forbindelse havde præsteret en mangelfuld rådgivning. Det kunne i sagen lægges til grund, at revisoren var bekendt med, at de danske skattemyndigheder stillede det krav, at en sådan aktivitet udelukkende kunne anerkendes, såfremt der blev oprettet en salgsorganisation. Det kunne endvidere lægges til grund, at revisoren tidligt blev bekendt med, at dette ikke skete. Landsretten fandt på dette grundlag, at revisoren var erstatningsansvarlig. I Højesteret deltog der 11 dommere. Højesterets flertal (7-4) frifandt revisoren. Disse dommere lagde også til grund, at revisoren var bekendt med de i skattemæssig henseende stillede krav, og at han burde have rådgivet om dette. Disse dommere bemærkede dog, at det tab, som klienten

Nikolaj Vinther

krævede erstattet, ikke umiddelbart skyldes skattemyndighedernes tilsidesættelse af de trufne dispositioner, men er en følge af, at de danske og schweiziske skattemyndigheder ikke opnåede enighed om, hvem retten til beskatning af indtægten i Schweiz tilkom, således at dobbeltbeskatning kunne være undgået. Da det er formålet med dobbeltbeskatningsoverenskomster at undgå dobbeltbeskatning helt eller delvis fandt flertallet det betænkeligt at fastslå, at revisoren burde have indset og advaret klienten mod den særlige risiko for tab, der var forbundet med, at denne efter eget ønske blev skattepligtig i et andet land. Højesterets mindretal stemte for at stadfæste landsrettens dom.

Det er bemærkelsesværdigt, at Højesteret lægger vægt på formålet med en dobbeltbeskatningsoverenskomst, især når det er enhver skatterådgiver bekendt, at der efter dobbeltbeskatningsoverenskomsterne ikke er nogen forpligtelse til, at staterne opnår enighed om løsning af en dobbeltbeskatningssituation. Sagen må derfor kunne tages til indtægt for, at Højesteret finder, at en skatterådgiver skal have ret til en vis fejlmargen,⁸¹ når der er tale om komplicerede skattearrangementer, og når initiativet til skattearrangementet kommer fra klienten.

Dette kommer væsentligt klarere til udtryk i den af Højesteret senere afsagte dom i *UfR 1997.842 H*.

Sagen vedrørte et selskab, der på anbefaling af revisor købte et underskudsselskab, der havde et uudnyttet underskud på ca. 3 mio. kr. og en gæld på ca. 3,4 mio. kr. Selskabet købte umiddelbart efter erhvervelsen af aktierne i underskudsselskabet tillige fordringen på underskudsselskabet. Der blev lagt overskudsgivende aktiviteter ind i selskabet, og det fremførbare underskud blev anvendt til modregning heri. Da underskudsselskabet havde anvendt det fremførbare underskud, og der var overskudsgivende aktiviteter i selskabet, blev fordringen, der var erhvervet for 1 kr., opskrevet til nominel værdi. Revisor var imidlertid bekymret for, om afdrag på fordringen vil indebære en beskatning. Det blev på den baggrund overvejet og besluttet at indfusionere underskudsselskabet i det selskab, som ejede fordringen. Dette medførte imidlertid beskatning, idet fordringen ved fusionen blev realiseret ud fra reglerne om konfusion. Det blev i sagen lagt til grund, at de rådgivende revisorer var bekendt med de skattemæssige problemstil-

81. *Paul Krüger Andersen i Lars Bo Langsted m.fl.: Revisoransvar*, 6. udg., s. 229 f. fortolker Højesterets afgørelse som en dom om manglende adækvans.

Skatterådgiverens erstatningsansvar

linger såvel ved afdrag på fordringen som ved fusionen af selskaberne. Landsretten fandt ikke, at de rådgivende revisorer var erstatningsansvarlig for rådgivningen om køb af underskudsselskabet og fordringen med den begrundelse, at køb af underskudsselskaber endnu var en ny og forholdsvis uprøvet fremgangsmåde til nedbringelse af skattebetaling. Retten fandt det endvidere ikke bevist, at køb af underskudsselskab uden køb af fordring vil have medført et bedre skattemæssigt resultat. Landsretten fandt heller ikke, at rådgiverne var erstatningsansvarlig for rådgivningen om fusionen. Landsretten lagde ved afgørelse til grund, at der skulle ske en aktiv indsats, såfremt fordringen ikke skulle komme til beskatning, at der ikke var påvist andre og bedre løsningsmulighed end fusion, og at klienten var bekendt med, at der var vis skattemæssig risiko ved at lade selskaberne fusionere. Højesterets flertal (3-2) frifandt tillige rådgiverne, men begrundelsen var en noget anden:

»Heller ikke de for Højesteret tilvejebragte oplysninger giver grundlag for at fastslå, at indstævnte i forbindelse med købet af underskudsselskabet og fordringen mod dette selskab eller i forbindelse med fusionen mellem Thorbøg Finans ApS og ApS af 20. marts 1972 har pådraget sig et erstatningsansvar over for Thorbøg Finans ApS ved sin rådgivning om de ikke ganske ukomplicerede skatteforhold. Det bemærkes i tilslutning hertil, at der efter vor opfattelse bør udvises tilbageholdenhed med at pålægge et rådgivningsansvar i et tilfælde som det foreliggende, hvor købene af underskudsselskabet og fordringen mod selskabet ikke har karakter af normale forretningsmæssige dispositioner, men hvor købene må antages – med klientens indforståelse – at være gennemført med henblik på, at koncernens forhold efterfølgende skulle søges tilrettelagt således i forhold til skattemyndighedernes praksis, at der ville være mulighed for, at koncernens skattebetaling blev nedbragt.«

Højesterets flertal tilslutter sig således landsrettens afgørelse, og finder, at der ikke er grundlag for at ikende revisorerne et erstatningsansvar. Det, der imidlertid er særlig interessant ved afgørelsen, er flertallets obiter dictum. Højesteret finder således, at der skal udvises tilbageholdenhed, når den skattemæssige disposition ikke har karakter af normale forretningsmæssige dispositioner. Højesteret henviser herved til, at dispositionen ikke havde andet formål end at nedbringe skattebetalingerne. Med i betragtningen skal endvidere tages, at dispositionen var tilrettelagt på en aggressiv måde derved, at skattelovgivningens grænser prøves, at der var tale om ikke ukompliceret skattelovgivning, og at det skete med klientens indforståelse.

Det må antages, at Højesteret ved sin afgørelse har ønsket at signa-

Nikolaj Vinther

lere, at det er disculperende for rådgiveren, når det må lægges til grund, at klienten mere eller mindre bevidst på forhånd har accepteret en risiko for, at arrangementet tilsidesættes af skattemyndighederne. Eller formuleret på en anden måde: Hvis klienten lader disposition foregå på den angivne måde, og klienten vidste eller burde vide, at der var en ikke ubetydelig risiko for, at dispositionen skattemæssigt underkendes, så kan klienten ikke gøre et krav gældende, hvis det senere viser sig, at dispositionen faktisk underkendes. Det er klienten, der er den nærmeste til at bære risikoen. Risikofordelingens udfald til fordel for rådgiveren er særligt begrundet med, at klienten, der typisk er erhvervsdrivende, må have foretaget en vurdering på baggrund af rådgivernes fremlagte beslutningsgrundlag, der har medført, at vedkommende har været indstillet på at gennemføre disposition trods usikkerheden vedrørende holdbarheden af denne. Heri ligger vel også, at »Højesteret ikke ønsker at være garant for, at den klient, der har gennemført ikke skattemæssigt holdbare dispositioner alene for at opnå en skattemæssig gevinst, i stedet kan opnå den samme gevinst ved at gennemføre krav mod rådgiveren, der vil kunne få det dækket hos sit ansvarsforsikrings-selskab«, jf. *Jørgen B. Jepsen og Jens Lund Andersen i R&R 1997*, nr. 8, s. 11.

Accept af risiko må være den rette erstatningsretlige etikette, idet klienten i sagen ikke havde udvist en bebrejdelsesværdig adfærd, altså en egen skyld. Det skal dog fremhæves, at sontringen mellem accept af risiko og egen skyld ikke er klar, men at der er en glidende overgang mellem de to ansvarsfritagelsesgrunde.⁸²

Højesteret fik atter lejlighed til i *UfR 2000.1322 H* at tage stilling til, om en revisor var erstatningsansvarlig som følge af rådgivning om køb af underskudsselskab og fordring på underskudsselskabet. Da revisoren tiltrådte som ny revisor for selskabet, havde dette købt såvel underselskabet som fordringen på dette. Det kun endvidere i sagen lægges til grund, at afdrag på fordringen indebar en udbyttebeskatning, idet dette allerede var bebudet af skattemyndighederne. Revisorens opgave var at finde en løsning, der ikke indebar udbyttebeskatning. Revisoren kom med det løsningsforslag, at fordringen på underskudsselskabet blev

82. *Morten Samuelson og Kjeld Søgaard: Rådgiveransvaret*, 1. udg., s. 33 f., *A. Vinding Kruse: Erstatningsretten*, 5. udg., s. 41 ff., og *Bo von Eyben og Helle Isager: Lærebog i erstatningsret*, 5. udg., s. 53 ff.

Skatterådgiverens erstatningsansvar

konverteret til aktier i forbindelse med en kapitalforhøjelse. Revisoren fandt ikke, at dette forslag indebar en beskatning, eftersom konverteringen ikke bevirkede en egentlig pengebetaling. Konverteringen medførte imidlertid en beskatning, idet fordringen ansås for indfriet. Klienten var ikke blevet gjort opmærksom på, at der var en sådanne risiko. Højesteret fandt, at revisoren i det mindste burde have rådgivet klienten om, at der efter skattelovgivningen var en nærliggende risiko for, at skattemyndighederne vil anse konverteringen for en indfrielse af fordringen, som ville udløse aktuel udbytteskat. Revisoren havde derfor handlet ansvarspådragende.

Det, der adskiller *UfR 2000.1322 H* fra *UfR 1997.842 H*, var:

- At revisoren i *UfR 2000.1322 H* var bekendt med, at afdrag på fordringen vil medføre udbyttebeskatning. I *UfR 1997.842 H* var der alene tale om en risiko herfor.
- At i *UfR 2000.1322 H* var rådgivningen principelt kun et spørgsmål om at vurdere, hvorvidt gældskonverteringen var en realisation i skattemæssig henseende. Spørgsmålet, om realisation vil medføre udbyttebeskatning, var jo besvaret bekræftende. I *UfR 1997.842 H* var rådgivningen mere kompleks, idet der var flere ubesvarede spørgsmål. Det var bl.a. ubesvaret om afdrag på fordringen vil medføre beskatning.
- At i *UfR 2000.1322 H* var klienten ikke gjort opmærksom på, at løsningsforslaget med gældskonverteringen indebar en vis nærliggende risiko. Klienten var opmærksom på, at transaktionerne i *UfR 1997.842 H* var forbundet med en vis risiko.

Der er således gode grunde til, at sagerne har fået et forskelligt udfald. Det springende punkt må imidlertid være, at revisoren i *UfR 2000.1322 H* var bekendt med, at myndighederne vil beskatte afdrag på fordringen som udbytte, og at det derfor – med Højesterets ord – var nærliggende at rådgive om, at en gældskonvertering kunne medføre en skattemæssig realisation af fordringen. Dette skete imidlertid ikke, og det er på den baggrund, at revisor handlede ansvarspådragende.

Det kan derfor formentlig ikke på det foreliggende grundlag klart tilkendegives, at Højesteret i *UfR 2000.1322 H* har taget klar afstand til sine bemærkninger i *UfR 1997.842 H*, selv om Østre Landsret frifinder revisor med næsten samme bemærkninger, som anføres i *UfR 1997.842*

Nikolaj Vinther

*H.*⁸³ Højesterets bemærkninger i *UfR 1997.842 H* må derfor formodentlig stadigvæk være udtryk for gældende ret. *UfR 2000.1322 H* viser dog, at de faktiske omstændigheder ikke skal ændres meget, før skatterådgiveren pålægges et erstatningsansvar, såfremt denne ikke fyldestgørende har rådgivet om risikoen ved en disposition.⁸⁴

Der ses heller ikke i *UfR 2004.2880 H* at være taget afstand fra Højesterets praksis i *UfR 1997.842 H*. Det skal dog betones, at denne sag adskiller sig fra de øvrige derved, at grundlaget for rådgivningen er noget anderledes.

UfR 2004.2880 H handlede om et 10-mandsprojekt, der blev underkendt som følge af manglende realitet efter de kriterier, Højesteret fastslog i den skatteretlige »Cargolux-sag« i *UfR 2001.556 H*. Investorer anlagde herefter sag mod 1) den registrerede revisor, som havde anbefalet investeringen, og 2) Revisionsfirmaet Ernst & Young, som kun havde udfærdiget en skatteretlig redegørelse om projektet. Spørgsmålet i sagen var, om disse rådgivere kunne ifalde ansvar som følge af deres rådgivningsrolle. Landsretten lagde i sagen til grund, at arrangementet udelukkende var skattemæssigt motiveret, at arrangementer af denne slags var anerkendt indtil foråret 1993, og at arrangementerne først blev endeligt underkendt ved Højesterets dom i *UfR 2001.556 H*.

Landsretten fandt vedrørende den registrerede revisor, at den anbefaling af projektet, som denne havde foretaget ikke var et led i en normal, revisionsfaglig klientrådgivning, og bemærkede endvidere, at denne ikke modtog honorar herfor. Den registrerede revisors rådgivning var hovedsageligt baseret på Ernst & Youngs detaljerede redegørelse. Landsretten fandt på det grundlag ikke, at revisoren havde særlig anledning til påpege risici ved projektet, der indbefattede komplekse skattemæssige forhold, og denne var derfor ikke erstatningsansvarlig. Disse bemærkninger må forstås således, at den registrerede revisor ved ikke at have påtaget sig skattemæssig rådgivning om projektet, men kun havde påtaget sig rollen, som sælger af det skitserede projekt ud fra den af Ernst & Young udfærdigede skatteretlige redegørelse, havde

83. Se også *Søren Halling-Overgaard*: Revisors erstatnings- & disciplinæransvar, 2. udg., s. 242.

84. Der er delte meninger om dette standpunkt i litteraturen, jf. således *Lars Bo Langsted*: Rådgivning I, 1. udg., s. 420 f., og lidt mere forbeholden *Paul Krüger Andersen* i *Lars Bo Langsted m.fl.*: Revisoransvar, 6. udg., s. 224.

Skatterådgiverens erstatningsansvar

distanceret sig fra professionsstandarden til en mindre skærpende culpastandard, der under de konkrete omstændigheder ikke medførte ansvar.

Landsretten fandt vedrørende Ernst & Young, at revisionsfirmaet ikke havde handlet ansvarspådragende, eftersom de havde udført et arbejde, der fuldt ud var i overensstemmelse med dagældende regler, og eftersom de ikke havde garanteret eller på anden måde stået inde for, at den skattemæssige bedømmelse af arrangementet ikke kunne ændres, »hvilket sagsøgerne i øvrigt – henset til karakteren af projektet – ud fra almindelige erfaringer må have anset for muligt«. Landsretten tilkendegiver ved disse bemærkninger, at der ikke var handlet ansvarspådragende efter daværende regler, og at risikoen for ændringen af den skattemæssige bedømmelse i øvrigt må påhvile klienten, idet denne burde have indset, at karakteren af projektet gjorde, at det var mere risikofyldt end andre normale, forretningsmæssigt begrundede dispositioner. Højesteret stadfæstede Østre Landsrets afgørelse.

Det var som ovenfor anført *UfR 2001.556 H*, Cargolux, der ændrede retspraksis for den skattemæssige bedømmelse af ti-mandsprojekter. De skatteydere, som fik underkendt retten til at afskrive på den af kommanditselskabet erhvervede flyvemaskine, anlagde senere erstatningssag mod den revisor, der havde rådgivet om de skattemæssige forhold i sagen, jf. hertil *TfS 2003.715 Ø*. Spørgsmålet var, om rådgiveren på rådgivningstidspunktet burde være bekendt med, at der var en ikke uvæsentlig risiko ved den skattemæssige bedømmelse af skattearrangementet. Landsretten bemærkede for det første, at revisoren ikke havde indestået for en bestemt skatteretlig stilling, og for det andet, at revisoren havde rådgivet klienterne ud fra dagældende skatteretspraksis. Der havde heller ikke foreligget sådanne oplysninger, at revisoren som den særligt sagkyndige burde have forudset, at projektet skatteretligt vil blive tilsidesat. Retten bemærkede herforuden, at det måtte have stået klienterne klart, at projektet ikke havde karakter af en normal forretningsmæssig disposition. Klienten deltog i projektet for at opnå en betydelig skattefordel. Klienten var foruden bistået af egne rådgivere. Landsretten fandt på den baggrund, at revisoren ikke havde handlet ansvarspådragende.

Det bemærkes, at der i denne sag tillige er lagt betydelig vægt på, at klienten burde vide, at deltagelse i et sådant arrangement indebar en risiko, og at det er denne, der er den nærmeste til at bære denne risiko,

Nikolaj Vinther

eftersom klienten får den betydelige økonomiske fordel af projektet – i hvert fald, når dette skal sammenholdes med, at rådgiveren havde handlet ud fra dagældende forståelse af skattelovgivningen.

Domspraksis må ud fra ovenstående fortolkes således, at domstolene stadigvæk er tilbageholdende med at ikende en skatterådgiver erstatningsansvar, når rådgivningen vedrører skattearrangementer, og når rådgivningen er i overensstemmelse med dagældende opfattelse af gældende ret. I så fald tillægger domstolene det ikke på samme måde betydning, at der ikke positivt er rådgivet om risikoen ved arrangementet – dette forudsættes nærmest af domstolene at være klienten bekendt.

3. Betydningen af klientens medvirken til skadesforholdet

En klients passivitet i forbindelse med at tilvejebringe det nødvendige oplysningsgrundlag kan medføre, at klienten bliver rådgivet forkert af revisor eller advokat. Spørgsmålet er, om klientens undladelse af at tilvejebringe det nødvendige oplysningsgrundlag kan medføre, at revisor eller advokat helt eller delvis fritages for ansvar.⁸⁵

Det klare udgangspunkt er, at rådgiveren – det være sig revisor eller advokat – er den nærmeste til at vurdere hvilke oplysninger, der skal tilvejebringes for at kunne rådgive klienten på en fyldestgørende måde, idet det fornødne oplysningsgrundlag selvsagt afhænger af de retsbedingede kendsgerninger i den relevante skattelovgivning. Hvis rådgiveren derfor er i tvivl om visse faktiske omstændigheder vedrørende en skattesag, er den adækvate reaktion således at spørge ind til disse forhold, indtil sagen foreligger tilstrækkelig oplyst. Revisor eller advokat kan således ikke indrette sin rådgivning efter, at klienten forventes at fremlægge alle relevante oplysninger.⁸⁶

Det kan forholde sig således, at rådgiveren allerede er i besiddelse af de relevante oplysninger. Det er ikke en helt urealistisk situation, idet et revisionsfirma jævnligt har været revisor for de samme klienter i adskillige år. Det forhold, at rådgiveren har en forhåndsviden, indgår i

85. Fordelingsbrøken er efter fast praksis 2/3, 1/2 og 1/3.

86. Se ligeledes *Anders Vinding Kruse: Advokatansvaret*, 6. udg., s. 119 ff.

Skatterådgiverens erstatningsansvar

vurderingen af, i hvilket omfang klienten har været medvirkende til den indtrufne skade, jf. f.eks. *FED 1997.718 V*, hvor Vestre Landsret fandt en revisor erstatningsansvarlig, idet han burde have rådgivet om, at en ejendomsoverdragelse ville medføre en merskat. Denne »burde-viden« var foranlediget af, at revisor gennem 16 år havde været revisor for klienten, og at han var bekendt med, at denne førhen havde været næringspligtig ved salg af ejendomme.

Der kan endvidere henvises til *FED 1996.962 V*. I nævnte sag var en revisor indtrådt som ny revisor for et anpartsselskab, som af selskabets tre anpartshavere ønskes likvideret. Revisoren rådgav om de skattemæssige forhold i forbindelse med likvidation, og det var for alle parter klart, at den skattemæssige stilling var betinget af, at anpartshaverne havde ejet anparterne i mindst 7 år. Revisoren havde i rådgivningen lagt til grund, at anparterne var ejet i mindst 7 år, og klienterne var bekendt med dette. Det viste sig imidlertid senere, at dette alligevel ikke var tilfældet. Revisoren havde ikke for to af anpartshaverne været opmærksom på, at disse ikke havde ejet anparterne direkte gennem hele perioden, men kun indirekte via et andet selskab. Revisoren havde ikke for den tredje anpartshaver taget højde for, at der i ejerperioden var sket en kapitalforhøjelse, hvorfor nogle af anparterne var ejet i mindre end 7 år. Spørgsmålet i sagen var, hvem der skulle bære ansvaret for, at disse faktiske omstændigheder ikke var oplyst. (1) Landsrettens flertal (2-1) fandt, at revisoren ikke var erstatningsansvarlig over for de to anpartshavere. Det kunne med andre ord ikke lægges revisoren til last, at denne ikke var bekendt med det tidligere indirekte ejerskab til anparterne. Det ændrede ikke landsrettens dom, at revisor ved gennemlæsning af regnskabet kunne være advaret om, at der tidligere havde været et moderselskab. (2) Landsretten fandt derimod enstemmigt, at revisoren havde handlet ansvarspådragende ved ikke at have rådgivet om risikoen for, at skattemyndighederne fik medhold i, at de nyudstedte anparter skulle anses for erhvervet på tidspunktet for kapitalforhøjelsen. Der var en nærliggende risiko herfor, eftersom skattemyndighederne havde tilkendegivet denne opfattelse, og eftersom revisor ikke på en bevisfast måde havde efterprøvet rigtigheden af denne tilkendegivelse. Den tredje anpartshaver fik derfor tilkendt en erstatning.

Dommens resultat vurderes at være rigtigt, når det tages i betragtning, at der er tale om at afveje pdes revisors fejl mod pda klientens fejl. Det var for de to anpartshavere klart, at sagen alene vedrørte spørgsmålet om, hvem af parterne – revisor eller de to anpartshavere – der var nærmest til at oplyse, at anparterne i det likviderede selskab havde været ejet af et andet selskab. Det må naturligt være klienten, der er nærmest til at oplyse om dette, når det tages i betragtning, at denne var bekendt med, at det var en central oplysning for rådgivningens udfald. Sagens problemstilling vedrørende den tredje anpartshaver var derimod noget anderledes. Sagens spørgsmål var her, hvem af parterne – revisor

Nikolaj Vinther

eller den tredje anpartshaver – der var nærmest til at vurdere risikoen for, at skattesagen bedømmes anderledes af skattemyndighederne. Dette er et forhold, som en professionel skatterådgiver er absolut nærmest til at bedømme, og det er derfor også naturligt, at rådgiveren ifalder ansvar, når denne ikke har vejledt om nævnte risiko.

4. Hvornår er der lidt et tab ved skatterådgivning?

Det krav, som den fejlrådgivede klient kan gøre gældende, er som udgangspunkt den positive interesseopfyldelse, dvs. han har krav på at blive stillet økonomisk som om, at han var rådgivet korrekt. Altså, som om han faktisk havde foretaget den alternative disposition i overensstemmelse med den anbefaling, som en korrekt rådgivning ville have medført. Det er således den merskat, som udgør differencen mellem pdes. det skattekrav, som den fejlagtige rådgivning har medført og pdas. det skattekrav, der ville være udløst, såfremt den alternative disposition var gennemført i overensstemmelse med det råd, som en fyldestgørende rådgivning ville have medført, der kan kræves erstattet.

Det er selvsagt også en betingelse, at der er en årsagsforbindelse (kausalitet) mellem fejlen eller forsømmelsen (culpa) og det forårsagede økonomiske tab. Kun i ganske få tilfælde ses denne betingelse ikke at være opfyldt, og problemstillingen vil derfor ikke blive taget op til selvstændig behandling. Det skal dog kort nævnes, at Højesteret i *UfR 2002.2000 H* og i *UfR 2002.2008 H* er kommet med interessante bemærkninger til denne problemstilling. Baggrunden for *UfR 2002.2000 H* var omdannelse af et aktieselskab til et anpartsselskab, og spørgsmålet i sagen var, hvorvidt rådgiver (en advokat) skulle erstatte sælgerne af aktierne den udgift, som de blev påført i form af aktieoverdragelsesafgift som følge af, at salget af aktierne fandt sted, inden omdannelsen af selskabet var gennemført. Var salget af aktierne først blevet gennemført, efter at omdannelsen var bekendtgjort i Statstidende, skulle der ikke have været betalt afgift. Advokaten undlod at rådgive om dette forhold. Højesteret fandt, at den manglende rådgivning var en »klar advokatfejl«, men tilføjede, at ansvarsfrihed i sådan et tilfælde kan statueres, »hvis det med en betydelig grad af sandsynlighed må antages, at der ikke er årsagssammenhæng mellem fejl og tab«. I sagen fandt Højesteret ikke den nødvendige årsagssammenhæng mellem rådgivers fejl og klientens tab, fordi overdragelsen af selskabet hastede for aktionærerne. Højesteret gentager sit synspunkt om ansvarsfrihed ved betydelig sandsynlighed for manglende årsagssammenhæng i *UfR 2002.2008 H*, der også drejede sig om erstatning for betalt aktieoverdragelsesafgift i forbindelse med omdannelse af aktieselskab til anpartsselskab. Højesteret fandt i denne sag, at der var årsagssammenhæng, ef-

Skatterådgiverens erstatningsansvar

tersom aktionærerne kunne have ventet med salget, og rådgiver blev derfor fundet erstatningsansvarlig.⁸⁷

Det kan jævnligt være vanskeligt at opgøre et tab nøjagtigt, når mer-skatten mv. ved den forkerte skatterådgivning skal beregnes. Dette er begrundet med, at det skattekrav, som f.eks. udløses som følge af et salg, højst sandsynligt alligevel ville være udløst på et senere tidspunkt.⁸⁸ Tabet vil her være forskellen mellem den faktisk betalte skat, som dispositionen har medført, og det mindre skattekrav i nutidskroner som skulle være betalt på det tidspunkt, hvor det alternative salg sandsynligvis ville være sket. Det er klart, at den erstatningsansvarlige rådgiver vil argumentere for, at salget alligevel ville være gennemført, eller at salget ville være sket en kort årrække efter det faktiske salgstidspunkt. Dette vil nemlig nedbringe erstatningskravet mod den pågældende rådgiver. Klienten vil derimod argumentere for, at salget først vil være sket lang tid efter det faktiske salgstidspunkt, idet dette øger vedkommendes erstatningskrav. Domstolens opgave er at beregne et rimeligt erstatningskrav mellem disse to yderpunkter. Højesteret har i den forbindelse udtalt, at »grovheden af [skatterådgiverens] fejl begrunder en lempelse af bevisskravene med hensyn til tabets størrelse«, jf. *UfR 2000.521 H*. Betydningen af Højesterets bemærkninger er, at klientens (skadelidtes) bevisbyrde vedrørende tabets størrelse formindskes, når rådgiveren har udvist grov uagtsomhed. Det betyder konkret, at domstolene er indstillet på at tilkende en klient et erstatningskrav, der ligger i den høje ende af linjestykket for det spillerum, som erstatningen efter gældende ret kan rummes indenfor.

Dette ændrer imidlertid ikke på, at klienten (skadelidte) skal bevise kravets eksistens og størrelse. Han skal således kunne påvise, at den alternative disposition faktisk var realisabel. I modsat fald har klienten ikke et krav mod skatterådgiveren. I *TfS 2003.674 V* gjorde en klient et erstatningskrav gældende mod en revisor, idet han havde udfærdiget en åbningsbalance til brug for en skattepligtig virksomhedsomdannelse. Klienten fik medhold i, at revisoren havde handlet culpøst, eftersom han ikke havde rådgivet om muligheden for skattefri virksomhedsom-

87. Om kausalitetskravet se også *UfR 1989.394 H*, *UfR 1990.824/1 H*, *FED 1997.718 V* og *FED 1998.1939 Ø*.

88. Se ligeledes *Paul Krüger Andersen i Lars Bo Langsted m.fl.: Revisoransvar*, 6. udg., s. 232, og *Anders Vinding Kruse: Advokatansvaret*, 6. udg., s. 126 ff.

Nikolaj Vinther

dannelse. Revisoren blev imidlertid frifundet for at skulle betale erstatning, idet klienten ikke kunne bevise, at betingelserne i lov om skattefri virksomhedsomdannelse faktisk kunne opfyldes, og han kunne derfor heller ikke bevise et økonomisk tab.

Det kan endvidere forholde sig således, at den præsterede rådgivning ikke indebærer et økonomisk tab, eftersom det alternative forløb ikke ville have indebåret en bedre økonomisk stilling for klienten. Der er i dansk rets almindelige erstatningsregler ikke hjemmel til at tilkende en klient en godtgørelse for skuffede forventninger, jf. Højesterets klare præmisudtalelser i *UfR 1996.200 H*, og højesteretsdommer *Per Walsøe's* kommentar i *UfR 1996 B. 199*. Klienten kan imidlertid gøre et erstatningskrav gældende ud fra princippet om negativ kontraktsinteresse. Klienten kan med andre ord kræve, at denne bliver stillet økonomisk, som om han ikke havde foretaget dispositionen. De omkostninger, som dispositionen har medført, kan således kræves erstattet. Et beløb kan dog selvsagt ikke kræves erstattet, såfremt omkostningerne ville være afholdt uanset den mangelfulde rådgivning, jf. hertil *UfR 1995.545 Ø*.

Problemstillingen vedrørende skuffede forventninger har tillige været vendt i en skatteretlig sag, jf. *TfS 2004.713 Ø*.

Sagen drejede sig om en klient, der med bistand fra en advokat og en revisor købte et underskudsselskab. Det var hensigten at udnytte underskuddet til skattereduktion. Det selvangivende underskud var opstået gennem deltagelse i et skattearrangement som kommanditist. Ved en kendelse afsagt af Landsskatteretten blev arrangementet underkendt ud fra realitetsbetragtninger. Revisoren havde som led i rådgivningen foreslået anskaffelsen af underskudsselskabet, og havde også i forbindelse hermed fundet selskabet uden samtidigt at rådgive om risikoen for en skattemæssig underkendelse af fradraget. Ved erhvervelsen af selskabet var dette ikke lignet, og spørgsmålet om fradragsret havde ikke været forelagt skattemyndighederne. Landsretten anså på denne baggrund revisoren for erstatningsansvarlig. Advokaten blev ligeledes fundet erstatningsansvarlig, idet han ikke havde taget forbehold om, at rådgivningen ikke omfattede skatteretlige forhold. Landsretten kunne derimod ikke tiltræde klientens påstand om, at erstatningen blev udmålt efter den positive opfyldelsesinteresse, idet rådgiverne ikke ved deres erklæringer havde indestået for, at klienten vil få et bestemt skattemæssigt resultat. Advokaten og revisoren blev derfor dømt til in solidum at erstatte den negative kontraktinteresse, som blev opgjort til nettoudgiften ved køb af underskudsselskabet med tillæg af revisor- og advokatudgiften. I det indbyrdes forhold skulle revisor og advokat hver især bære tilbagebetalingen af vedkommendes andel af honoraret, og i øvrigt hver halvdelen af den idømte erstatning.

Sagen anskueliggør for det første, at klienten ikke kunne kræve positiv opfyldelsesinteresse, idet klienten ved en fyldestgørende rådgivning

Skatterådgiverens erstatningsansvar

ikke ville være økonomisk bedre stillet end ved den mangelfulde rådgivning. Formuleret på en anden måde: Det alternative forløb vil ikke have sparet klienten for en merskat.

Sagen viser dernæst, at klienten kan kræve at blive stillet som om disposition aldrig var foretaget. I dette tilfælde kræve erstatning for udgifterne i forbindelse med erhvervelsen af underskudsselskabet og for rådgivningsomkostningerne.

Sagen viser herforuden, at Østre Landsret var indstillet på, at klienten kunne få en erstatning svarende til den positive interesseopfyldelse, såfremt en af rådgiverne havde indestået for retten til det skattemæssige underskud i underskudsselskabet.⁸⁹ Landsretten ses således at ville tilslutte sig *Per Walsøe's* bemærkninger i *UfR 1996 B. 199*, hvor han kommenterer *UfR 1996.200 H*. I artiklen anfører han bl.a., at: »Såfremt en bank udtrykkeligt »garanterer« eller »indestår for«, at et lån vil være tilbagebetalt med en angiven ydelse til bestemt tidspunkt, må en svigten af denne garanti som udgangspunkt udløse et erstatningskrav.« Og senere: »Det må formodes, at der skal klare konkrete holdepunkter til, for at givne oplysninger fremover vil blive fortolket som en »tilsikring« med erstatningsretlige konsekvenser.«

Det økonomiske tab, som klienten kan få erstattet, er kun det tab, der er en uundgåelig følge af skatterådgiverens mangelfulde rådgivning. Det tab, som klienten kunne have undgået, kan således ikke kræves erstattet af denne. Klientens tabsbegrænsningspligt har en særlig rolle inden for skatterådgivning, idet skattelovgivningen hjemler flere muligheder for, at et valg, en civilretlig disposition mv. kan omgøres, således at der kan rettes op på den mangelfulde rådgivning, som rådgiveren har præsteret.

Der er følgende muligheder:

- *Omgørelse af en civilretlig disposition efter skatteforvaltningslovens § 29.* I *TfS 2001.471 Ø* fandt Østre Landsret, at en revisor havde handlet ansvarspådragende, idet han ikke havde rådgivet om muligheden for skattefri virksomhedsomdannelse. Da skattemyndighederne imidlertid efterfølgende havde godkendt en omgørelse, således at omdannelsen alligevel skete efter lov om skattefri virksomhedsomdannelse,

89. Se ligeledes *Torsten Iversen*: Festskrift til Juridisk Klub, s. 59.

Nikolaj Vinther

fandt retten, at tabet var begrænset til klientens udgifter til advokat og revisor til opnåelse af omgørelsen. Der kan tillige henvises til Østre Landsrets bemærkninger i *TfS 2003.647 Ø*.

- *Betalingskorrektion efter ligningslovens § 2, stk. 4.* Den merskat, som en tilskudsbeskatning medfører, hvis der ikke er handlet på armslængdevilkår, kan bortfalde efter denne bestemmelse, såfremt den begunstigede påtager sig en betalingsforpligtelse. Dette betyder for den skatterådgiver, der har vejledt forkert vedrørende pris og vilkår i forbindelse med overdragelse af en formuegenstand, at han kan få reduceret erstatningskravet mod sig med et beløb svarende til den merskat, der bortfalder gennem en betalingskorrektion.
- *Omvalg af tidligere trufne selvangivelsesvalg, jf. skattestyrelseslovens § 30.* Den skattepligtige, der træffer et valg gennem afkrydsning på selvangivelsen efter råd fra sin revisor, kan efter nævnte bestemmelse gøre sit valg om, således at f.eks. virksomhedsordningen med tilbagevirkende kraft alligevel vælges. Det økonomiske tab, som et forkert valg har forårsaget, bortfalder naturligvis, hvis skattemyndighederne godkender omvalget.
- *Genoptagelse af tidligere skatteansættelser, jf. skatteforvaltningslovens § 26 og § 27.* Det er klart, at en klient ikke har lidt et tab som følge af forkert rådgivning om f.eks. en fradragsmulighed, såfremt omkostningen alligevel kan fradrages gennem en genoptagelse af en tidligere skatteansættelse. Det er kun, hvis skatteansættelsen ikke kan genoptages for visse år, at der er lidt et definitivt tab, der kan kræves erstattet hos rådgiveren, jf. hertil *TfS 2001.571 Ø*.

Det er som ovenfor anført klienten, der har en selvstændig forpligtelse til at begrænse sit tab. Dette indebærer bl.a., at klienten har en pligt til at iværksætte en af ovenstående »omgørelsesmuligheder«, hvis betingelserne herfor er opfyldt. Det må dog antages, at den erstatningsansvarlige rådgiver vil være mere end behjælpelig med at føre en sådan omgørelsessag, hvis dette er relevant.

Et andet spørgsmål vedrørende klientens tabsbegrænsningspligt er, om denne er forpligtet til at prøve skattemyndighedernes afgørelse. Dette må antages under konkrete omstændigheder.⁹⁰ Dette vil særligt

90. Morten Samuelson og Kjeld Søgaard: Rådgiveransvaret, 1. udg., s. 41 f.

Skatterådgiverens erstatningsansvar

være aktuelt, såfremt rådgiveren har anbefalet at føre sagen videre, og der er en overvejende sandsynlighed for, at sagen kan vindes. Højesteret har i *UfR 2000.521 H* vedrørende en revisors beregningsfejl i forbindelse med værdiansættelse af goodwill fastslået, at der under disse omstændigheder var en pligt til at efterprøve skattemyndighedernes afgørelse. Højesteret bemærker om dette spørgsmål, at:

»Skatteankenævnets ansættelse af goodwill-værdien afveg væsentligt fra den værdi, som en beregning efter de vejledende beregningsregler i SD-cirkulære 1988-17 om skønmæssig ansættelse af goodwill ville føre til, nemlig 930.000 kr. Trods [revisors] opfordring hertil benyttede [klienten] imidlertid ikke adgangen til ved administrativ rekurs at indbringe skatteankenævnets afgørelse for Landsskatteretten. [Klienten] har således undladt at søge efterprøvet, om de vejledende beregningsregler kan finde anvendelse, og har herved tilsidesat sin pligt til at søge tabet begrænset. Han er derfor afskåret fra at kræve erstatning i anledning af, at skattemyndighederne har fastsat værdien af goodwill til 500.000 kr. og ikke til 930.000 kr. [Revisor] findes herefter alene at skulle erstatte det eventuelle tab, [klienten] har lidt som følge af regnefejlen, hvorved goodwill blev fastsat til et beløb, der oversteg værdien i henhold til de vejledende beregningsregler med 510.000 kr. Parterne er under sagen enige om, at udbytteskatten heraf udgør 240.750 kr.« [min indsættelse]

5. Afsluttende bemærkninger

Det kan ud fra ovenstående analyse lægges til grund, at området for erstatningsansvar ved skatterådgivning har udviklet sig i to spor: Dels et spor, hvor rådgiveren har rådgivet klienten i forbindelse med dennes gennemførelse af almindelige forretningsmæssige dispositioner og dels et spor, hvor rådgiveren har rådgivet klienten i forbindelse med dennes deltagelse i uprøvede skattearrangementer, hvor det primære formål er at opnå en skattebesparelse.

Forskellen i ansvarsbedømmelsen ved disse to rådgivningssituationer er, at der gælder et almindeligt professionsansvar ved skatterådgivning om normale forretningsmæssige dispositioner, hvorimod domstolene har en tendens til at udvise en langt større tilbageholdenhed med at ikende en skatterådgiver erstatningsansvar, når denne har rådgivet om »smarte«, uprøvede skattearrangementer. I sidstnævnte tilfælde er der en udviklingstendens i retning af en kendt, men sjældent anvendt retlig figur, nemlig accept af risiko: Skatterådgiveren ifalder ikke erstatningsansvar, når han har rådgivet ud fra dagældende opfattelse af gældende ret, idet domstolene nærmest forudsætter, at klienten vidste eller burde vide, at et sådant arrangement indebærer en risiko.

Nikolaj Vinther

Det vurderes ikke, at der har været en udvikling, der adskiller sig fra andre rådgivningsområder, når talen er om ansvar for medvirken og opgørelse af tab. Det bør dog fremhæves, at sandsynligheden for ikke at få dækket et tab for skuffede forventninger er særlig stor, når klienten har modtaget mangelfuld rådgivning vedrørende skattearrangementer, idet det alternative forløb (vurderet i forhold til det underkendte skattearrangement) sjældent stiller klienten økonomisk bedre.

Litteraturliste:

- Andersen, Mads Bryde & Lookofsky, Joseph.** *Lærebog i Obligationsret I, 1. udg.*, Forlaget Thomson, København 2000
- FSRs Etikudvalg og Bestyrelse.** *Retningslinjer for revisors etiske adfærd (udkast)*, maj 2004
- Gomard, Bernhard.** *Obligationsret 2. del, 3. udg.*, DJØF, København 2003
- Gomard, Bernhard.** *Forholdet mellem erstatningsregler i og uden for kontraktforhold, 1. udg.*, GAD, København 1990
- Hagstrøm, Viggo.** *Obligasjonsrett, 1. udg.*, Universitetsforlaget, Oslo 2003
- Halling-Overgaard, Søren.** *Revisors erstatnings- & disciplinæransvar, 2. udg.*, DJØF, København 2003
- Iversen, Torsten.** *Festskrift til Juridisk Klub*, Finanssektorens Uddannelsescenter, DJØF, København 1998
- Kruse, Anders Vinding.** *Advokatansvaret, 6. udg.*, DJØF, København 1990
- Kruse, Anders Vinding.** *Erstatningsretten, 5. udg.*, DJØF, København 1990
- Langsted, Lars Bo.** *Rådgivning I – det professionelle erstatningsansvar, 1. udg.*, Forlaget Thomson, København 2004
- Langsted, Lars Bo; Andersen, Paul Krüger & Christensen, Mogens.** *Revisoransvar, 6. udg.*, Forlaget Thomson, København 2005
- Samuelson, Morten & Søgaard, Kjeld.** *Rådgiveransvaret, 1. udg.*, Forsikringshøjskolens Forlag, København 1993
- von Eyben, Bo & Isager, Helle.** *Lærebog i erstatningsret, 5. udg.*, DJØF, København 2003

God skiks betydning for erstatningsansvaret

Af lektor, ph.d. Sten Bønsing

1. Indledning – Culpa og god skik

Erstatningsretten er i vidt omfang styret af culpareglen.⁹¹ Denne giver ikke i sig selv megen vejledning, men har til gengæld blandt flere fordele smidighed. Den manglende vejledning kan bl.a. afbødes ved at udarbejde mere vejledende og præcise regler på bestemte områder. Én mulighed kan være at lade vurderingen styre af, hvad der er god skik på et område.

2. Generelt om anvendelsen af begrebet god skik

Anvendelsen af begrebet »god skik« og tilsvarende udtryk optræder i forskellige sammenhænge. Begrebet er blevet mere og mere almindeligt dels i lovgivning, dels i praksis. Spørgsmålet er, hvad man skal lægge i formuleringen.⁹²

2.1 Lovgivning

Det er ikke ganske klart, hvor formuleringer om god skik er introduceret i dansk ret. Dette skyldes bl.a. at man ikke altid har anvendt præcist formuleringen »god skik«, men i stedet andre tilsvarende formuleringer. I konkurrenceloven fra 1937 bestemmes: »I erhvervsøjemed foretagne handlinger, der, selv om de ikke omfattes af lovens øvrige bestemmelser, strider mod redelig forretningsskik, medfører er-

91. Jf. f.eks. *Bernhard Gomard*: Juristen 2003.121, *samme* i *Moderne Erstatningsret*, 1. udg., s. 33 ff., *Bo von Eyben og Helle Isager*, *Lærebog i erstatningsret*, 5. udg., s. 57 ff.

92. Der ses i nærværende sammenhæng helt bort fra begrebet god forvaltningsskik, jf. f.eks. *Jens Olsen* i *Hans Gammeltoft-Hansen m.fl.*, *Forvaltningsret*, 2. udg., s. 617 ff. og tilsvarende begreber, f.eks. god databehandlingsskik, jf. persondatalovens § 5, stk. 1.

Sten Bønsing

statningsansvar og kan ved dom forbydes.⁹³ I aktieselskabsloven af 1973 bestemmes i § 88, at revision af selskabers regnskaber skal ske i overensstemmelse med god revisionsskik. Begrebet er også set i kollegiale regler inden for flere brancher, f.eks. Foreningen af Statsautoriserede Revisorers kollegiale regler af 1976 § 2.⁹⁴

Hvor begrebet god skik anvendes i lovgivningen, tjener det forskellige formål.⁹⁵ Det er slet ingen selvfølge, at begrebet er tænkt til at have erstatningsretlige følger, selv om det tydeligt fremgår af ovenstående citat af konkurrenceloven fra 1937, at der her *også* er tænkt i erstatningsretlige baner. Når udtrykket anvendes inden for særlige brancher, f.eks. god advokatskik (jf. retsplejelovens § 126) og god revisorskik (jf. revisorlovens⁹⁶ § 2, stk. 2), er der formentlig sjældent *tænkt* i erstatningsretlige baner, men snarere i f.eks. disciplinærretlige, herunder f.eks. muligheden for at fratage autorisation.

Når begrebet god skik anvendes i lovgivning i en erstatningsretlig sammenhæng, er det formentlig tanken, at man frem for at henvise til »culpa« eller »skyld« vil markere, at ansvarsstandard kan være ledet af en mere almindelig (evt. fagbestemt) handlemåde, dvs. at det afgørende skal være, hvad der er acceptabel (»god«) og normal adfærd (»skik«). Det er ikke sikkert (jf. nærmere senere), at dette i sig selv giver et andet og mere præcist indhold end, hvis der var henvist til skyld eller culpa – eller med *Gomards* ord: »En god skik afviger nok på papiret, men ikke i realiteten fra friere varianter af juraens gammelkendte culparegel«.⁹⁷ På den anden side kan det også i videre omfang end ellers lægge op til en større opmærksomhed på en branches gode handlemåde. Dette skal tages op i det følgende.

2.2 Praksis

Begrebet god skik anvendes også af både domstolene, forskellige disciplinære nævn og i responsa fra responsumudvalg i brancheforeninger mv.

Begrebet anvendes i praksis både, hvor en sag drejer sig om et om-

93. Her citeret efter *Mogens Koltvedgaard*: Lærebog i konkurrenceret, 6. udg. v/*Caroline Heide-Jørgensen*, s. 39.

94. Jf. *Bernhard Gomard*: Revisors stilling i retlig belysning, 1. udg., s. 25.

95. Jf. nærmere *Sten Bønsing*: Brancheregler og Brancheprocess, 1. udg., s. 15 ff.

96. Jf. lov nr. 302 fra 2003.

97. Jf. *Bernhard Gomard*: Revisors stilling i retlig belysning, 1. udg., s. 27.

God skiks betydning for erstatningsansvaret

råde, hvor der er en god skik-regel i lovgivningen (jf. nærmere senere), og hvor dette ikke er tilfældet.

Se f.eks. *UfR 2002.1881V*, hvor der henvises til »god håndværkerskik« i forbindelse med selvbyggerarbejde på en ejendom. Dette begreb er ikke hentet fra lovgivningen.

I *UfR 2001.72H* henviser både Højesteret og landsretten til at »godt sømandskab« er tilsidesat. Der er i den pågældende sag ikke indhentet responsum vedr. dette spørgsmål, og retten foretager derfor en selvstændig vurdering af dette.

2.3 Brancheregler

På visse områder er lovgiver helt opmærksom på, at henvisningen til god skik på bestemte områder, skal styres af branchens opfattelser af, hvad der er en god og rimelig handlemåde. Således blev det f.eks. i forarbejderne til retsplejelovens § 126 om god advokatskik anført, at »En vis vejledning herom kan hentes i de af advokatrådet udfærdigede »Regler for god advokatskik og kollegialitet«, der ved deres fremkomst i 1943 fremtrådte som et første forsøg på at samle de normer, som man den gang mente at kunne fastslå som almindeligt gældende, men som senere har været genstand for ændringer og tilføjelser.«⁹⁸

På markedsføringsrettens område har der i mange år været tradition for, at brancher bliver tæt inddraget i udarbejdelse af detailregler til udfyldning af markedsføringslovens regel om god markedsføringsskik, jf. dennes § 1.⁹⁹ Fra 1994 har dette mere formelt fundet udtryk i lovens § 17. Med denne hjemmel har der f.eks. været udstedt »Banketiske regler«. Fra 2004 har man for nogle af disse regelsæts vedkommende igen forladt denne decentraliseringstanke og udstedt bindende retsregler på området. Der er nu f.eks. udstedt bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder (bl.a. banker).¹⁰⁰

Det er således meget almindeligt, at brancher enten på eget initiativ udarbejder forskellige »etiske« regelsæt, »god skik-regler« og lignende eller på opfordring fra eller i samarbejde med lovgiver udarbejder sådanne regler.

Alle sådanne regler benævnes i det følgende »brancheregler«.¹⁰¹

98. Jf. *Betænkning nr. 871 fra 1979*, s. 59.

99. Jf. nærmere *Sten Bønsing: Juristen* 1998.357.

100. Jf. bekendtgørelse nr. 1046 fra 2004 med hjemmel i lov om finansiell virksomhed, jf. lovebekendtgørelse nr. 90 fra 2005.

101. Jf. *Sten Bønsing: Brancheregler og Brancheprocess*, 1. udg., s. 8 ff.

Sten Bønsing

Hvorvidt sådanne brancheregler rent faktisk har normerende kraft i forhold til lovgivningens god skik-regler og domstolenes culpavurdering, skal tages op i det følgende.

Først skal det dog nævnes, at den seneste udvikling indenfor sådan regulering går i retning af, at lovgiver »centraliserer« reguleringen.¹⁰² Således er det f.eks. nævnt ovenfor, at nogle af de etiske regelsæt inden for markedsføringslovens område (f.eks. de banketiske regler) nu er udstedt ved bekendtgørelse.

3. Hvorfor god skik?

Man kunne spørge sig, hvorfor man anvender begrebet god skik. Et svar kunne være, at det blot er en mere »tilgængelig« og moderne sproglig formulering end culpa eller skyld. Herved ville der ikke være tilstrevet nogen realitetsforskel i forhold til gældende ret. En anden forklaring kunne være, at begrebet skal dække over mere end blot erstatningsretlige retsfølger, f.eks. disciplinæransvar, kontraktretlig ugyldighed eller straf. Endelig kunne svaret også være (hvis man holder sig inden for erstatning), at det var hensigten, at den retlige standard skulle være en anden end den almindelige culpavurdering.

Sidstnævnte mulighed er meget nærliggende. Man kunne meget vel forestille sig, at lovgiver havde en hensigt om, at der i videre omfang end normalt skulle lægges vægt på branchens egne vurderinger og opfattelser af, hvad der er god adfærd.

Hvis man tager udgangspunkt i ordlyden, kan man sige, at der er to »betingelser« eller kriterier, der indgår i god skik-regler.¹⁰³ *Dels* skal der være tale om en »*skik*«, dvs., at der skal være tale om, at en handlemåde har en vis faktisk efterlevn, regelmæssighed eller udbredelse. Dette forhindrer dog ikke, at der på nye områder eller i situationer, der ikke tidligere har været aktuelle, kan foretages en vurdering eller et gæt på, hvilken skik der ville blive lagt for dagen, men vurderingen må i denne situation baseres på, hvilken adfærd der ville blive udfoldet. Man kan således sige, at der på nye områder i et vist omfang kan blive tale om, at domstolene skal foretage en vurdering af en »hypotetisk« skik eller et

102. På trods af mange år med initiativer for decentralisering af regulering.

103. Jf. *Sten Bønsing: Brancheregler og Brancheproces*, 1. udg., s. 17, og *Bernhard Gomard: Moderne Erstatningsret*, 1. udg., s. 40 f.

God skiks betydning for erstatningsansvaret

gæt på, hvilken skik der ville have været udfoldet, hvis der havde været anledning til det. Dette er ikke nødvendigvis det samme som, at domstolene skal vurdere, hvilken skik der burde have været lagt for dagen. Denne type vurderinger kan indgå i den næste betingelse.

Dels skal der være tale om, at skikken er »god«. I første omgang må dette gå på den opfattelse, der er blandt de personer, der udøver handlingen. Disse skal således handle ud fra en overbevisning om, at denne handlemåde er den rigtige og korrekte. I denne betingelse kan formentlig også lægges en censurmulighed for domstolene, således at det ikke kun er de handlendes egen opfattelse af situationen, men også domstolenes opfattelse af, om handlingen er »god«.

4. God skik som ansvarsstandard

Det store spørgsmål er selvfølgelig, hvad sammenhængen mellem god skik og culpavurderingen er? Er der en direkte lighed mellem handlinger i strid med god skik og culpa?

UfR 1978.653H er næsten gået hen og blevet klassisk på dette spørgsmål. Her udtalte Højesteret: »Det må være en betingelse for at pålægge en revisor erstatningsansvar, at han i udførelsen af sit arbejde har handlet i strid med god revisionsskik«.

Der var tale om en erstatningssag mod en revisor, der i forbindelse med revision af et selskabs regnskaber ikke havde stillet ledelsen og selskabets bank spørgsmål (udbedt sig en »fuldstændighedserklæring«) om, hvorvidt der var stillet kaution i videre omfang, end det fremgik af regnskabet. Herved var det ikke kommet frem, at selskabet faktisk *havde* stillet kaution for et koncernforbundet selskab – en kaution, der senere medførte, at selskabet blev trukket med i konkursen, da det koncernforbundne debitorselskab gik konkurs. En leverandør til selskabet havde leveret på kredit på grundlag af den blanke revisionspåtegning.

Højesteret udtaler hermed, at »undergrænsen« for culpa på dette område er, at »god skik« skal være overtrådt.

Spørgsmålet er, hvad dette betyder? For det første kan man spørge sig selv, om henvisningen til »god skik« siger meget mere end »culpa«, eller i hvert fald en del af den almindelige culpavurdering. For det andet kan man spørge om, hvem der skal vurdere, om god skik er overtrådt.

Sten Bønsing

5. Dækker god skik hele ansvarsgrundlaget?

For at forstå den rolle, som god skik indtager i ansvarsgrundlaget, er det formentlig nødvendigt at dele ansvarsgrundlaget op i en objektiv og en subjektiv del. Dette er en sontring, der var mere opmærksomhed på tidligere, men som næsten er gået helt i glemmebogen i erstatningsretlig sammenhæng. Dengang retsstridighedslæren havde en mere central placering i erstatningsretten og dengang, der var en opfattelse af større slægtskab mellem ansvarsgrundlaget i erstatningsretten og strafferetten, var der mere fokus på at opdele ansvarsgrundlaget i en retsstridighedsdel (»objektiv del«) og en tilregnelsesdel (»subjektiv del«).¹⁰⁴ På det allerseneste er problemstillingen dog igen blevet rejst – netop i relation til god skik-regler.¹⁰⁵

Der skal ikke her argumenteres for, at der i erstatningsretlig sammenhæng skal vendes tilbage til denne tankegang. Blot skal det bemærkes, at nærværende forfatter har den opfattelse, at der ligger mange værdifulde elementer i denne tankegang, at opdelingen stadig – i hvert fald teoretisk – er korrekt og relevant, og ikke mindst at den i nærværende sammenhæng kan give hjælp til forståelse af god skiks placering i ansvarsgrundlaget.

Sådan som god skik ofte inddrages i erstatningssager sker det ved, at der indhentes sagkyndige vurdering – typisk responsa – fra sagkyndige til brug for erstatningssagernes behandling ved domstolene.

Responsaene svarer normalt på, om en bestemt handling ifølge branchen er »retsstridig«, dvs. om handlingen er sædvanlig inden for branchen, og hvorvidt den opfattes som »god«. Der tages stort set aldrig stilling til, om den konkrete person (erhvervsdrivende) har handlet med tilregnelser. Denne vurdering foretager domstolene. Domstolene foretager den samlede ansvarsvurdering, hvori branchens egen retsstridighedsvurdering indgår som en del af ansvarsgrundlaget.¹⁰⁶

For god ordens skyld bemærkes det også, at det naturligvis også er domstolene, der tager stilling til de øvrige betingelser for pålæggelse af erstatningsansvar, dvs. om der er lidt et tab, om betingelserne om adækvans og årsagsforbindelse er opfyldt etc. Se

104. Jf. nærmere *Bo von Eyben og Helle Isager: Lærebog i erstatningsret*, 5. udg., s. 44 ff. og *Vinding Kruse: Erstatningsretten*, 5. udg., s. 29 ff.

105. Jf. *Sten Bønsing: Brancheregler og Brancheproces*, 1. udg., s. 60 f. og senest *Lars Bo Langsted: Rådgivning I – det professionelle erstatningsansvar*, 1. udg., s. 254 ff., der har en meget grundig og velargumenteret gennemgang af problemstillingen.

106. Jf. *Lars Bo Langsted: Rådgivning I – det professionelle erstatningsansvar*, 1. udg., s. 300.

God skiks betydning for erstatningsansvaret

f.eks. *UfR 2001.781H*, hvor responsumudvalget udtaler, at en revisor har handlet i strid med god revisionsskik i forbindelse med revision af et selskabs regnskab. Landsret og Højesteret udtaler imidlertid, at den skadelidte bank måtte antages at have ydet lån til selskabet uanset de fejlagtige regnskabsoplysninger. Der var således ikke årsagsforbindelse mellem den retsstridige handling og tabet.

Den ovenfor omtalte sag *UfR 2001.781H*, kan også illustrere dette forhold. Responsumudvalget udtalte som nævnt, at der var handlet i strid med god skik, idet der efter de oplysninger, som var udleveret til udvalget, ikke var foretaget de undersøgelser, som burde være foretaget. Disciplinærnævnet – hvortil sagen også blev indbragt med henblik på en disciplinær sanktion – foretog en nærmere bevisvurdering i sagen og udtalte, at det efter en nærmere vurdering af de oplysninger, der blev indhentet af nævnet, herunder forklaringer fra revisoren, ikke kunne afvises, at han faktisk havde foretaget de undersøgelser, som skulle foretages.¹⁰⁷

Responsaene hverken kan eller bør tage stilling til mere end branchens opfattelse af retsstridigheden.¹⁰⁸ Ofte vil responsumudvalgene heller ikke få oplysninger fra sagerne, der gør dem i stand til at svare på mere end retsstridigheden.¹⁰⁹

6. Hvem bestemmer indholdet af god skik?

Når Højesteret i *UfR 1978.653H* siger, at det er en betingelse for at pålægge en revisor ansvar, at han har handlet i strid med god revisorskik, melder spørgsmålet sig, hvem der bestemmer dette. Højesteret kunne selvfølgelig blot konstatere, at en domstols første opgave i en sådan sag er, at finde ud af, hvad god skik er. Det kunne også være, at Højesteret mener, at domstolene i sådanne sager, *skal* eller i hvert fald bør lade det være afgørende, hvad den pågældende branche selv udtaler om spørgsmålet.

Der er ingen tvivl om, at domstolene stort set aldrig tilsidesætter en vurdering fra en branche af god skik. Dette er så vidt vides kun sket i ganske få tilfælde.¹¹⁰

Men hvad nu, hvis der til brug for en sag *ikke* findes et responsum

107. Jf. sag nr. R 12-1996, jf. Årsberetning for Disciplinærnævnet for Registrerede Revisorer for 1998, s. 6 ff.

108. Jf. f.eks. *Jørn Vestergaard* i Festskrift til Nils Jareborg, 2002, bl.a. s. 700, og *Lars Bo Langsted*: Rådgivning I – det professionelle erstatningsansvar, 1. udg., s. 300.

109. Jf. *Sten Bønsing*: Brancheregler og Brancheprocess, 1. udg., s. 62 f.

110. Jf. *Lars Bo Langsted*: Rådgivning I – det professionelle erstatningsansvar, 1. udg., s. 308.

Sten Bønsing

eller andet materiale, der kan fortælle domstolen, hvad der er branchens opfattelse af, hvad der er god skik?

Manglen kan skyldes, at sådanne oplysninger slet ikke findes eller oplysningerne ikke er fremlagt for domstolen i den konkrete sag.

Rent logisk kan dommeren anlægge den holdning at frifinde ud fra den betragtning, at det ikke er dokumenteret, at der er handlet i strid med den korrekte handlemåde. Dommeren kan også danne sin egen opfattelse af, hvilken adfærd der må anses for mest almindelig og korrekt.

I 1997.1793^V om en revisors erstatningsansvar blev dette spørgsmål sat på spidsen. I forbindelse med revisionen af en koncerns regnskaber blev der givet en »blank påtegning«. Senere viste det sig, at direktøren havde begået underslæb ved at udstede fiktive fakturaer mellem selskaberne i koncernen og ladet beløbene overføre til sin private bankkonto. Forholdet kunne formentlig have været opdaget, hvis revisor havde foretaget en »krydsrevision«, dvs. foretaget en indbyrdes afstemning af bilag fra selskaberne i koncernen, således at det blev afstemt, om et købsbilag fra ét selskab stemte overens med salgsbilag fra det andet selskab. En sådan krydsrevision blev ikke foretaget. Da regnskaber skal revideres i overensstemmelse med god revisionsskik, blev spørgsmålet nu, om et krav om en sådan krydsrevision fulgte af god revisionsskik.

Der forelå *ikke* oplysninger om dette ved sagens behandling for landsretten. Flertallet af dommerne udtalte på dette grundlag: »Hvorvidt [revisor] – ved at have tilrettelagt udførelsen af revisionsarbejdet som forklaret – har tilsidesat årsregnskabslovens § 61 g, stk. 2, må bero på, hvilke nærmere krav der må stilles til indeholdet af god revisionsskik i forbindelse med revision af koncernvirksomheders indbyrdes regnskabsmæssige forhold. I *mangel af en udtalelse* fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorers responsumudvalg finder vi ikke, at det med den fornødne sikkerhed er *bevist*, at [revisoren] har tilsidesat sine forpligtelser efter årsregnskabslovens § 61 g, stk. 2 [om god revisionsskik]. Vi stemmer derfor for at frifinde [revisor]«. ¹¹¹ Den dissentierende dommer udtaler derimod: »... Uanset at bevisførelsen ikke har omfattet en sagkyndig udtalelse, som nærmere belyser, hvilke krav der må stilles til god revisionsskik ved opfyldelse af årsregnskabslovens § 61 g, stk. 2,

111. Mine kursiveringer.

God skiks betydning for erstatningsansvaret

finder jeg det ubetænkeligt at lægge til grund, at minimumskravene til en revision af koncernvirksomheders indbyrdes regnskabsmæssige forhold ... må indebære ...». Herefter angiver dissensen, hvad god revisionsskik i det konkrete tilfælde må indeholde og dissensen vil pålægge revisor ansvar.

I en næsten samtidig sag (1997.298Ø) gives der udtryk for en tilsvarende holdning. Her var en revisor sagsøgt for (bl.a.) ikke at have foretaget en tilstrækkelig revision af et selskabs regnskaber. I denne sag udtalte landsretten: »I mangel af sagkyndige erklæringer i form af udtalelser fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorer eller syn og skøn finder landsretten endvidere ikke at have grundlag for at statuere noget erstatningsansvar ...«.

Hvis opfattelsen i denne dom og (flertallet i) 1997.1793V skal lægges til grund, må synspunktet være, at *da* der er tale om et spørgsmål om overtrædelse af en god skik-regel, og da det ikke fra skadelidtes side er »bevist«, at der er handlet i strid med en almindelig adfærd på området, så må der frifindes. Heri ligger det udtalte synspunkt, at *når lovgiver har bestemt, at indholdet af reglen skal fastlægges efter, hvilken adfærd der er almindelig (»skik«) på området, kan dommerne ikke selv foretage et »skøn«*, hvis der ikke er indhentet oplysninger om adfærden på området. Havde der været reguleret med en anden type bestemmelse, f.eks. »omhu«, »grundighed« eller tilsvarende (eller slet ingen bestemmelse, hvorved den »almindelige« culperegulering alene havde reguleret spørgsmålet), må man forvente, at dommerne i de to sager havde udtalt som dissensen i 1997.1793V og dermed selv havde vurderet, hvordan der burde have været handlet i sagen. Det vil sige: som i alle andre erstatningssager.

Men stemmer de to domme med almindelige procesretlige grundsatninger?

7. God skik – jus eller faktum?

Ved domstolenes behandling af civile sager er forhandlingsmaksimen som bekendt udgangspunktet, jf. retsplejelovens § 338.¹¹² Det er således parternes ansvar og opgave at fremlægge alt, der kan henregnes til

112. Jf. generelt om forhandlingsmaksimen mv. *Bernhard Gomard*: Civilprocessen, 5. udg., s. 429 ff. og *Lindencrone & Werlauff*: Dansk Retspleje, 2. udg., s. 227 ff.

Sten Bønsing

processtoffet, dvs. påstande, anbringender og *beviser*. I modsætning til dette er det rettens ansvar og opgave at kende *retsgrundlaget – jus –* jf. grundsætningen *jura novit curia*. Det følger heraf, at retten ikke hverken har ret eller pligt til selv at inddrage yderligere processtof i form af påstande, anbringender og beviser i sagen, og at parterne i vidt omfang er afskåret fra at foretage bevisførelse om jus.

I *UfR 1998.1711V* nægtede retten, at der kunne stilles spørgsmål til Advokatrådet, da formuleringen af spørgsmålene forudsatte, at besvarelsen i et vist omfang tog stilling til sagens bevisligheder og indebar en juridisk vurdering af advokatens handlemåde. Modsat kan nævnes *UfR 1997.675H* og *UfR 1997.676H*, hvor det blev tilladt anklagemyndigheden at fremlægge udtalelser fra sagkyndige (hhv. revisor og Arbejdstilsynet). Der blev herved lagt vægt på, at der alene var tale om sagkyndige (faglige) vurderinger af faktiske forhold i sagerne, at der ikke var tale om retlige vurderinger, og at tiltaltes forsvarer havde adgang til at indhente udtalelser fra andre sagkyndige.

Der er på denne måde foretaget en klar arbejdsdeling mellem retten og parterne.¹¹³ Denne meget formelle måde at se forhandlingsmaksimen på er dog blødt lidt op i praksis.¹¹⁴ Således har retten (specielt byretten) en vidtgående mulighed for at gøre parterne opmærksomme på forskellige forhold omkring processtoffet og bl.a. stille spørgsmål, der kan henlede parternes opmærksomhed på relevant processtof, jf. retsplejelovens § 399. Ligeledes har parterne mulighed for at procedere på *retsgrundlaget* f.eks. om fortolkning af lovgivning, fremlæggelse af retspraksis og argumentation vedrørende forståelse af forskellige retsbegreber mv. Disse forhold ændrer dog ikke ved udgangspunktet: det er *parterne, der fremlægger faktum, og retten, der kender jus*.

Herved bliver det et spørgsmål, om oplysninger om god skik hører til faktum eller til jus.

Meget taler for, at der skelnes mellem oplysninger om indholdet af god skik-regler og indholdet af branchekutymer. God skik-regler er – som anført – en *regel* i lovgivningen, der pålægger bestemte personer at handle i overensstemmelse med god skik. Branchekutymer¹¹⁵ er oplysninger om en fast handlemåde, der f.eks. kan være

113. Se også den grundige gennemgang hos *Jørn Vestergaard* i Festskrift till Nils Jareborg (red. Peter Asp m.fl.), 2002, s. 671 ff., navnlig s. 700.

114. Jf. også *Bernhard Gomard*: Civilprocessen, 5. udg., s. 436, og *Lindencrone & Werlauff*: Dansk Retspleje, 2. udg., s. 229 ff.

115. Her anvendes begrebet til at dække situationer, hvor det i deklatorisk lovgivning er bestemt, at branchekutymer kan fravige lovbestemmelser.

God skiks betydning for erstatningsansvaret

et retsfaktum, som kan fravige en deklaratorisk lovregel.¹¹⁶ Det er kun god skik-regler, der har interesse i nærværende sammenhæng.

God skik-regler er regler, der findes i lovgivningen, og dermed bliver retsanvendelsen som udgangspunkt et domstolsanliggende, præcis som anden retsanvendelse. Oplysninger om god skik (dvs. hvad god skik er på det konkrete område og i den konkrete sammenhæng) til udfyldning af en god skik-regel må antages at høre til i grænselandet mellem jus og faktum.¹¹⁷

Om problemstillingen anfører *Gomard*:¹¹⁸ »Anvendelsen af sådanne regler [god skik-regler mv.] på en foreliggende sag forudsætter, at bedømmeren er fortrolig med almindelig skik og brug eller med god forretningsskik i sådanne forhold på den tid og det sted, begivenhederne udspillede sig. Anvendelsen af sådanne regler kræver konstatering af eksistens og indhold af en kutyme eller en gængs skik. Her må retten foruden af sin egen sagkundskab lade sig vejlede af parternes oplysninger om kutymen eller skik og brug.«

Oplysninger om god skik har derfor på den ene side karakteristika, der peger i retning af jus, nemlig at der a) er tale om oplysninger – og fastlæggelse af – det *juridiske indhold af lovregler*, og b) at retten må antages at kunne *se bort fra oplysningerne*, selv om parterne er enige om indholdet, hvilket ikke ville være muligt, hvis der var tale om faktum, hvor retten skal lægge parternes opfattelse til grund, hvis de er enige. På den anden side er der også karakteristika, der peger i retning af faktum, nemlig a) at *parterne* forudsættes at *fremlægge oplysningerne*, b) at oplysningerne indhentes ved en sagkyndig erklæring, der er styret af samme regler som syn og skøn, (og syn og skøn hører afgjort til reglerne om indhentelse af faktum),¹¹⁹ og c) at oplysningerne må kunne være genstand for egentlig *bevisførelse*.

116. I denne betydning må det helt klart antages, at sådanne oplysninger hører til faktum. Se således *UfR 1978.706 V*, hvor der blev afsagt udeblivelsesdom i en sag om levering af korn. I stævningen var henvist til, at der i branchen var kutyme for 20% forhalingsrente. Dette blev lagt til grund, da dette vedrørte sagens faktiske omstændigheder, der i tilfælde af uenighed mellem parterne måtte være genstand for bevisførelse. Da der ikke var gjort indsigelse, blev kutymen lagt til grund.

117. Se om problemstillingen *Lindencrone & Werlauff*: Dansk Retspleje, 2. udg., s. 254 ff., og *Bernhard Gomard*: Civilprocessen, 5. udg., s. 456 ff.

118. *Bernhard Gomard*: Civilprocessen, 5. udg., s. 456 f.

119. *Lindencrone & Werlauff*, Dansk Retspleje, 2. udg., s. 255, anfører, at en ensidigt tilvebragt sagkyndig udtalelse normalt ikke kan fremlægges, hvis modparten protesterer.

Sten Bønsing

Der er således for mig ikke tvivl om, at det er *parternes ret og pligt at tilvejebringe oplysninger om god skik inden for en bestemt branche*. Dette kan ikke kræves eller forventes af domstolene. På den anden side må det også være sådan, at *hvis der ikke indhentes oplysninger, må det være domstolenes opgave at fastlægge (læs: bestemme) indholdet af løvbestemmelsen*.¹²⁰

Muligvis kan man præcisere det yderligere ved at sige, at selve fastlæggelsen af det juridiske indhold af en god skik-regel er *jus*, mens oplysninger om en »almindelig adfærd« og »branche-opfattelser« af, hvad god skik er, er *faktum*. Endelig kan det derfor anføres, at (indholdet af) god skik på dette punkt adskiller sig fra anvendelsen af kutymer. Hvis der ikke gøres indsigelse mod en parts oplysninger om en kutyme, må denne lægges til grund af domstolene, jf. ovenfor i note 105, hvilket ikke er tilfældet for oplysninger om god skik. Gomard anfører da også:¹²¹ »Det er en del af domstolenes opgave, i det omfang det er nødvendigt for at kunne træffe afgørelse i de sager, der forelægges dem, at tage stilling til, hvad retsreglerne må antages at indeholde. Dette gælder også om god skik-regler«.

Noget tilsvarende gælder da også for den almindelige culparegel uanset, om den underbygges af en god skik-regel eller ej. Her kan f.eks. henvises til den tidligere omtalte *UfR 2001.72H*. Her udtalte både landsret og Højesteret uden betænkeligheder, at der var handlet i strid med »godt sømandskab«, uagtet at der *ikke* var indhentet nogen former for responsa, sagkyndige erklæringer, sagkyndige vidner el.lign. Landsretten og Højesteret fandt ingen betænkeligheder i at vurdere, i hvor stort omfang sømænd skal holde sig ajour med aktuelle sømeldinger om, om en lystønde til markering af en olierørledning midlertidigt er indtaget. Dette forhold kunne meget nemt fra parternes side have været oplyst ved udtalelser fra sagkyndige på området.

Ud fra disse almindelige procesretlige principper forekommer afgørelserne i 1997.298Ø og 1997.1793V at være tvivlsomme¹²². Disse afgørelser forudsætter klart, at oplysninger om god skik er *faktum*, og at

120. Se i øvrigt *Hafnia-dommen*, hvor både Sø- og Handelsretten og Højesteret tager indgående stilling til indholdet af god prospektskik, jf. *UfR 2002.2067 H*, kommenteret af Peer Schaumburg-Müller og Erik Werlauff i *UfR 2002 B 437*.

121. Bernhard Gomard: Festskrift til Foreningen af Statsautoriserede Revisorer, 1986, s. 77.

122. Se i nærværende fremstilling for en modsat opfattelse Lars Bo Langsted, Bevisvurdering i sager om professionelt ansvar, især s. 121 ff.

God skiks betydning for erstatningsansvaret

domstolene end ikke subsidiært – dvs. i mangel af oplysninger om indholdet af god skik – selv kan foretage udfyldningen. Landsretterne anlægger tilsyneladende den holdning, at det er skadelidte, der skal *bevise*, at skadevolders handling er i strid med god skik. Hvis dette ikke dokumenteres under en sag, herunder med dokumentation af indholdet af god skik, f.eks. med en udtalelse fra et responsumudvalg, er denne bevisbyrde ikke løftet, og dermed skal skadevolder frifindes. Landsretterne pålægger således skadelidte bevisbyrden for indholdet af *reglen*.

Selv om retten ikke skal, og ikke kan forventes at, indhente oplysninger om god skik, er der intet til hinder for, at retten på eget initiativ undersøger brancheregler (f.eks. »etiske regler«), responsumsamlinger mv. for oplysninger om god skik på et område, men også dette forudsætter naturligvis, at retten i det hele taget er opmærksom på, at der *findes* etiske regler på området, eller at der foreligger offentligt tilgængelige responsumsamlinger el.lign.¹²³ I praksis betyder dette, at parterne skal fremlægge materialet eller i det mindste procedere på det. Disse ting forudsætter selvfølgelig også, at parternes påstande og anbringender giver retten mulighed for dette, jf. forhandlingsmaksimen, retsplejeloven § 338. På den anden side må forhandlingsmaksimen også give en part eller begge parter mulighed for at fravælge brancheregler, mens indhold af god skik-regler ikke kan fravælges.

8. Konklusion

Ved regulering med god skik-regler må det antages, at lovgiver har til hensigt at lade reglernes indhold styre af en almindelig adfærd (»skik«) på et område. Dette gælder i videre omfang end ved regulering med hæderligheds-, rimeligheds- og lignende standarder, hvor der lægges mere op til, at domstolene skal lade sig lede af almindelige hæderligheds- og rimelighedsopfattelser. Der er dog ikke tale om, at god skik-regulering fuldstændig fratager kompetencen fra domstolene og lader udfyldningen bestemme alene af den almindelige adfærd på området. Domstolene skal blot tage udgangspunkt i en almindelig adfærd, og det må antages, at der er pligt til at tage hensyn til dette. Oplysninger om

123. Jf. *Bernhard Gomard: Civilprocessen*, 5. udg., s. 457.

Sten Bønsing

en skik på et område kan inddrages i form af responsa fra anerkendte organisationer på området, sagkyndige vidner el.lign.

Hvis der – af den ene eller anden grund – ikke konkret i en sag foreligger oplysninger om en almindelig skik på området, må det følge af almindelige procesretlige principper, at domstolene selv må fastlægge indholdet af reglerne, sådan som det er tilfældet i alle andre situationer, hvor domstolene skal fastlægge indholdet af retsregler.

Erkendes må det dog, at der kan være områder eller konkrete problemstillinger, der er så branchespecifikke og/eller fagligt specielle (f.eks. inden for revisionsskik, børsskik, finansskik etc.), at domstolene simpelthen ikke *kan* have en viden om, hvad der skal og bør være den korrekte adfærd og dermed gældende ret, hvis der ikke forelægges materiale for dem. Her må der naturligvis findes en løsning, og i den henseende kan dommerne vel blive nødt til at vælge en løsning, der – i hvert fald i resultatet – ligger tæt på 1997.298Ø og 1793V. Men det må dog fastholdes, at dette så absolut må være en »nødløsning«, der kun kan komme i anvendelse, hvis dommerne ingen reelle muligheder har for at komme med et rimeligt resultat ud fra almindelige overvejelser.

Bevisvurdering i sager om professionelt ansvar – med særligt henblik på advokat- og revisorbranchen

Af professor Lars Bo Langsted

1. Indledning

Det professionelle ansvar, eller professionsansvaret, som det også kaldes, er kendetegnet ved, at domstolene i erstatningssager rettet mod erhvervsudøvere kræver, at disse skal leve op til de faglige krav, man kan stille til udøvere af det pågældende erhverv.¹²⁴ Alt afhængigt af type af erhverv, rådgivnings- eller assistanceområdets karakter og kravene til den gode skik her indenfor, kan det være et strengt ansvar eller et mere almindeligt culpaansvar.

Fælles for disse typer af sager er imidlertid, at man kan spørge, om retspraksis gennem årene har ændret på spørgsmålet om bevisbyrden og kravene til bevisernes vægt. De fleste erhvervsudøvere kan leve med, at man stiller store – men helst ikke urimelige – krav til dem for så vidt angår den faglige udfyldelse af deres funktion, men de finder det mindre rimeligt, at de kan komme i situationer, hvor de føler, at de skal »bevise deres uskyld«, når de bliver sagsøgt.

Man kunne tage en sådan bekymring let. Når man vælger at sælge sine tjenesteydelser til andre, mindre kyndige, må man leve med, at man selv skal bevise, at man har gjort det, man skulle. Man kunne på den anden side også betragte den som et alvorligt anslag mod professionelles mulighed for at leve et normalt (arbejds)liv, og dermed også mod muligheden for – til glæde for alle – at sælge sine ydelser på fornuftig vis uden primært at skulle tænke i ansvars-undgåelses baner.

124. Se nærmere herom *Lars Bo Langsted: Rådgivning I – det professionelle erstatningsansvar*, 1. udg., Forlaget Thomson, 2004.

Lars Bo Langsted

Først og fremmest er det imidlertid relevant at finde ud af, om rets-praksis og teori har pillet afgørende ved beviskravene i sager om pro-fessionelt ansvar.

Indledningsvist må man gøre sig klart, hvad det er, der kan være genstand for bevisførelse i en erstatningssag mod en professionel. Der-næst må man se på hvor sikkert, et bevis skal være, førend det er tilstrækkeligt. Denne vurdering af beviserne kaldes ofte »beviskravet«. Endelig må man se på, hvem der skal føre det fornødne bevis – også kaldet »bevisbyrden«.

Denne definitoriske sondring opretholdes langt fra altid. Ofte forstås ved spørgsmålet om bevisbyrde således ikke blot hvem af parterne det kommer til skade, såfremt det fornødne bevis ikke er ført, men også hvor meget der skal til, førend den fornødne bevisbyrde er »løftet«. For at undgå unødigt usikkerhed i det følgende, anvender jeg her den nævnte tredeling:

- Bevisets genstand = hvad skal bevises
- Beviskravet = styrken hvormed beviset skal føres, førend dommeren anser det for tilstrækkeligt
- Bevisbyrden = hvilken af parterne det kommer til skade, at bevis-kravet ikke er opfyldt.

2. Genstanden for bevisførelse

Når en klient eller en tredjemand ønsker erstatning af en professionel erhvervsudøver, følger det af de almindelige erstatningsretlige krav, hvad der er genstand for sagsførelsen. Bevistemaet er således, hvorvidt den professionelle har handlet culpøst, hvorvidt der er lidt et tab, hvorvidt der er den fornødne årsagsforbindelse mellem den culpøse handling og tabet, og endelig, hvorvidt der foreligger egen skyld eller accept af risiko fra klientens eller tredjemands side.

Forudsætningen for at dommeren kan anvende de juridiske regler og krav er, at der er tilvejebragt fornøden klarhed over sagens faktum. De juridiske regler og krav benævnes jus, og er ikke genstand for bevisførelse i sædvanlig forstand. Det faktum, dommeren skal anvende sin jus på, er derimod omfattet af bevisførelsen.

Det er normalt enkelt at fastslå, hvad der er faktum, og hvad der er

Bevisvurdering i sager om professionelt ansvar

jus. Faktum er de omstændigheder, de handlinger, de undladelser, de aftaler og de udtalelser, der tilsammen danner hændelsesforløbet. Jus er de retlige regler og skøn, der skal anvendes for at fastslå, hvad løsningen er på den konflikt, som faktum rummer.

Skelettet i en sag om f.eks. en revisors skatterådgivning til en klient, kan opridses således:

1. **Culpa Faktum:** er der indgået en aftale om rådgivning og hvad omfatter den i bekræftende fald? Har revisor oplyst klienten om, at der var en given usikkerhed forbundet med rådgivningen? Har klienten givet revisor de relevante oplysninger? Har revisor selv været i besiddelse af oplysningerne, og/eller har han efterspurgt dem hos klienten? *Jus:* Opfylder den udviste adfærd fra revisors side sammenholdt med klientens adfærd de krav, der må opstilles til en culpøs adfærd?
2. **Tabet Faktum:** Har klienten fået forringet sine aktiver og/eller har han mistet aktiver, han havde sikker udsigt til at opnå? Hvad er i bekræftende fald størrelsen heraf? *Jus:* Er der tale om et erstatningsretligt relevant tab?
3. **Årsagsforbindelsen Faktum:** Var det revisors fejlrådgivning, der medførte klientens tab? Kunne tabet være undgået? Var der andre faktorer, der påvirkede tabet? *Jus:* Var der tale om en adækvat årsagssammenhæng?

Det er normalt enkelt at rubricere et element som jus eller faktum, om end der naturligvis kan være tvivls- og afgrænsningsspørgsmål. Her vil jeg blot se på to situationer, der kan give anledning til tvivl.

2.1 Den korrekte forståelse af en retsregel, der er indgået i rådgivningen

En advokat rådgiver sin klient om det rette tidspunkt at fusionere dennes tre selskaber på, og gør det på baggrund af en bestemt forståelse af en ny skatteretlig bestemmelse. Bestemmelsen er ikke umiddelbart entydig. Rådgiveren har en opfattelse af regelen, som det senere viser sig, at skattevæsenet ikke deler. Klienten sagsøger herefter rådgiver for at få dækket sit tab.

Bevistemaet vil i relation til spørgsmålet om culpa kredse om den retsregel, advokaten har rådgivet om, og man kan opdele de relevante

Lars Bo Langsted

spørgsmål i flere underspørgsmål, hvoraf nogle klart vedrører faktum: Hvad havde advokaten udtalt vedrørende regelen, havde advokaten foranstaltet undersøgelser i forbindelse med sin retlige vurdering af regelen, havde advokaten forklaret klienten tilstrækkeligt tydeligt, hvad hans vurdering var. Andre elementer i bevistemaet er imidlertid af retlig karakter: Retsplejelovens § 126 kræver, at en advokat efterlever kravene til »god advokatskik« – hvorledes er disse krav i relation til den konkrete rådgivningsopgave, og hvad var den korrekte retlige forståelse af den retsregel, advokaten rådgav om.

Hvor det første spørgsmål: hvad kræver den gode advokatskik, umiddelbart synes at høre processuelt hjemme i forbindelse med dommerens (retlige) vurdering af et af sagens hovedspørgsmål: må den (beviste) udviste adfærd fra advokatens side i denne sag bedømmes som culpøs, hører det andet spørgsmål hjemme tættere på faktum. Om § N i Y-skattelov på rådgivningstidspunktet skulle fortolkes på den ene eller den anden måde, er nok et rent retligt spørgsmål, men er samtidig afgørende for, om advokatens faktiske udsagn blev culpøse eller ej.

Som oftest slipper retten for en (måske) kompliceret stillingtagen til rækkevidden af den regel, rådgivningen vedrørte. Det er således fast antaget, at en advokat ikke bærer et objektivt ansvar for rigtigheden af sine udsagn, men at man kan kræve, at han under anvendelse af fornøden faglig omhu i sine undersøgelser og vurderinger finder frem til den relevante retsregel. Såfremt forståelsen af denne er klar, hører det med til advokatens pligter at kende den og rådgive rigtigt om den. Er forståelsen derimod uklar, og klientens retsstilling derfor tilsvarende, antages det i dag at høre til en rådgivers pligter, at orientere klienten om denne uklarhed, og på denne måde lade klienten vide, at han, hvis han agerer på baggrund af advokatens forståelse af regelen, løber en risiko¹²⁵. Der er således ingen krav om, at rådgivere skal forhindre klienter i at tage en risiko – de skal blot sikre sig, at klienten har forstået risikoen.

Skulle advokaten imidlertid hævde, at hans forståelse af retsreglen var rigtig (og at han derfor naturligvis ikke orienterede klienten om nogen usikkerhed) og skattevæsenet havde taget fejl, og at klientens nye

125. Se nærmere herom *Langsted*: Rådgivning I, s. 184 ff. og f.eks. afgørelserne *FED 2001.343 V*, *UfR 2000.1322 H*, *FED 1998.862 Ø*, *UfR 1997.842 H*, *FED 1996.962 V*, *FED 1995.1263 V*.

Bevisvurdering i sager om professionelt ansvar

advokat havde været af samme fejlagtige opfattelse som skattevæsenet, hvorfor han ikke havde fået prøvet spørgsmålet ved en højere instans, er retten i erstatningssagen nødt til at prøve det grundlæggende spørgsmål om § N's fortolkning og rækkevidde.

Retten i erstatningssagen vil da være i den situation, at den – på baggrund af klientens skattemæssige retsfaktum – skal foretage en retlig prøvelse af § N, og vurdere hvorledes den skulle have været forstået. Denne prøvelse må rubriceres som jus indkapslet i faktum. Dette vil bl.a. have som konsekvens, at parterne ikke under påberåbelse af dispositionsmaksimen kan afskære rettens prøvelse af dele af retsanvendelsen, og at parterne ikke kan føre bevis for den korrekte forståelse af retsreglen. Parterne må i den relation være henvist til i deres anbringender og procedure at »vejlede« retten i den korrekte retsanvendelse af § N. Der vil derimod kunne ske bevisførelse om faktiske forhold i den forbindelse – f.eks. om der havde været publiceret faglige artikler om § N, eller om hvorvidt skattevæsenet i den pågældende periode havde anlagt en given praksis vedrørende bestemmelsen.¹²⁶

2.2 Indholdet af kravet i et erhvervs god skik-regler

Som anført ovenfor er det en integreret bestanddel af culpavurderingen i sager om professionelt ansvar, at undersøge og inddrage de krav erhvervet selv stiller til sine udøvere.¹²⁷ I ovenstående eksempel hvorvidt det var i overensstemmelse med kravene til god advokatskik at undersøge skattereglens forståelse og dernæst at fortolke reglen som sket.

En række lovbestemmelser, f.eks. revisorlovens § 2, stk. 2, kræver, at erhvervsudøvere lever op til »god skik« indenfor deres erhverv, men selv hvor sådanne lovbestemmelser ikke findes, er det af stor betydning

126. Se om dette spørgsmål *Langsted: Rådgivning I*, s. 354 f. med henvisning til afgørelserne *TfS 1997,400* og *FED 2002.1700 Ø*.

127. Se f.eks. *Anders Vinding Kruse: Advokatansvaret*, 6. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1990, s. 13 f. og *Mads Bryde Andersen: Advokatretten*, forfatteren i samarbejde med Advokaternes Serviceselskab A/S, 2005, s. 751 f. (begge dog stadig med nogle reservationer). Direkte *Paul Krüger Andersen* i *Lars Bo Langsted, Mogens Christensen og Paul Krüger Andersen: Revisoransvar*, 6. udg., Forlaget Thomson, 2005, s. 201 ff., samt *Lars Bo Langsted: God revisorskik – een retlig standard?* i FSRs responsumudvalg 1925-2000 – 75 års jubilæumsskrift, FSR & Forlaget Thomson, 2000, s. 10-65. Se også (næsten for firkantet udtrykt) *UfR 1978.653 H*. I afgørelsen *FED 2003.1073 V* finder retten det betænkeligt at anse en manglende oplysning for ansvarspådragende »uden at der foreligger støtte herfor i en udtalelse fra et fagligt responsumudvalg«.

Lars Bo Langsted

også i en erstatningsag at kunne klarlægge, hvorledes et erhvervs udøvere normalt håndterer bestemte problemstillinger, vurderer udførte arbejder osv.

For at få en fornemmelse af dette indhentes derfor til brug for retsagen ofte et responsum fra det pågældende erhverv.

Spørgsmålet om, hvorvidt indholdet af sådanne kutymen og udtalelser om et erhvervs opfattelse af god skik rettelig bør henføres under jus eller faktum og i forlængelse heraf, i hvilket omfang retten måtte være bundet af de udtalelser om god skik m.v., parterne får fremlagt for retten, har været omdiskuteret, ligesom forskellige forfattere behandler spørgsmålet under henholdsvis bevisførelse¹²⁸ og retsregler.¹²⁹

Der er for mig ingen tvivl om, at spørgsmålet om, hvorvidt der måtte eksistere en kutyme og/eller en god skik på et givent område indenfor et erhverv, er et spørgsmål, der henhører under faktum, og dermed også er et spørgsmål, der er undergivet bevisførelse. At det forholder sig således understøttes da også direkte af afgørelserne *FED 1997.298Ø* og *FED 1997.1793V*. De frifinder således begge¹³⁰ den sagsøgte revisor, fordi sagsøger ikke har ført bevis for, at revisors pligter var tilsidesat. Tilsvarende går Højesteret i afgørelsen *UfR 2003.2505* ind i en fortolkning af svaret fra FSRs responsumudvalg. Flertallet finder, at svaret omfatter sagens problem, medens mindretallet ikke finder, dette er tilfældet, og stemmer for frifindelse med begrundelsen: »Herefter finder vi det ikke godtgjort, at der ved revisionen foreligger ansvarspådragende forhold, der har forårsaget tabet.«

Det forhold, at spørgsmålet om eksistensen og indholdet af et erhvervs god skik opfattelse af et givent område, er et spørgsmål, der er omfattet af bevisførelsen, bevirker naturligvis ikke, at retten da er bundet af denne opfattelse. For det første er bevisbedømmelsen fri – retten kan således mene sig klogere på området end f.eks. Advokatrådet – og for det andet vil domstolene, i det omfang, der er tale om en lovfastlagt pligt til at følge en given skik, skulle sammenholde erhvervets (beviste) opfattelse af begrebet med den retlige vurdering, retten skal anlægge.

128. Som f.eks. *Lars Lindencrone & Erik Werlauff*: Dansk Retspleje, 3. udg., Forlaget Thomson, 2005, s. 313 ff.

129. Som f.eks. hos *Bernhard Gomard*: Civilprocessen (under medvirken af Michael Kistrup), 5. udg., Forlaget Thomson, 2000, s. 456 ff.

130. Se om afgørelserne nærmere *Langsted*: Rådgivning I, s. 306 ff. og *Bønsing*, a.st., s. 3 f. Se også *Sten Bønsing*, ovenfor s. 111 ff., der er kritisk overfor de to afgørelser.

Bevisvurdering i sager om professionelt ansvar

Det kan imidlertid ikke være nødvendigt for retten at foretage en retlig finjustering af et eventuelt lovfastsat god-skik begrebs nærmere fastlæggelse, idet den retlige opgave i erstatningsretten i denne sammenhæng er at vurdere, hvorvidt revisor har handlet culpøst. Ganske vist har Højesteret i 1978 fastslået¹³¹, at det var nødvendigt at statuere, at revisor havde handlet i strid med god revisionsskik for at kunne gøre ham erstatningsansvarlig, men der er ingen grund til at antage, at retten hermed mente andet og mere end, at det var en forudsætning for en fældende culpavurdering, at revisor havde handlet i strid med de krav, erhvervet måtte stille til ham på det tidspunkt, hvor handlingen eller undladelsen fandt sted. Også i denne afgørelse synes det således som om dommerne har ment, at spørgsmålet om, hvorvidt god revisionsskik var overtrådt eller ej, var et rent bevisspørgsmål – i hvert fald, hvis den dissenterende dommer på flertallets side, udtrykker sine præmisser fyldestgørende: »Således som sagen er oplyst, er jeg imidlertid enig i, at der ikke er ført tilstrækkeligt bevis for, at der ved revisionen i januar 1974 af A/S Tradetex's regnskab for 1973 er udvist en forsømmelighed, der efter dagældende sædvane kunne pådrage indstævnte ansvar over for appellanten«.

Bevisets genstand på dette stadium er ikke, hvilken adfærd parterne har udvist, men om deres (i øvrigt beviste) adfærd lever op til eller tværtom er i strid med de krav, erhvervet sætter på området.

3. Bevisbyrden

3.1 Udgangspunktet

En gennemgang af retspraksis¹³² afslører meget klart, at det altovervejende udgangspunkt fortsat er, at det er sagsøger, der har bevisbyrden for, at de erstatningsretlige betingelser er opfyldt også i sager om professionelt ansvar.¹³³ Føres der ikke bevis for den adfærd, som skulle

131. *UfR 1978.653 H.*

132. Se f.eks. *FED 1995.1263 V*, *FED 1997.1005 Ø*, *FED 1998.1939 Ø*, *FED 1999.2456 Ø*, *FED 2001.2638 Ø* eller *UfR 2004.1153 V*. Der kan endvidere henvises til de ovenfor i afsnit 2.2 nævnte afgørelser, der alle i deres præmisser og afgørelser forudsætter, at sagsøger har bevisbyrden.

133. Se tilsvarende *Søren Halling-Overgaard: Advokaters erstatningsansvar*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002, s. 250 ff.

Lars Bo Langsted

være kritisabel, føres der ikke bevis for, at adfærden har været kritisabel og føres der ikke bevis for tabet eller for årsagsforbindelsen, ja så er det klokkeklare udgangspunkt, at den sagsøgte revisor, advokat eller ejendomsmægler skal frfindes.

3.2 Mulige undtagelser

At bevisbyrden påhviler sagsøger er imidlertid ikke nødvendigvis udtryk for, at denne byrde er lige vanskelig at løfte i alle situationer. Dette spørgsmål vil blive behandlet nærmere nedenfor i afsnit 4. Egentlige undtagelser til hovedregelen udgøres herefter alene af tilfælde, hvor den manglende eller utilstrækkelige bevisførelse kommer sagsøgte til skade.

En ren »overvæltning« af bevisbyrden for alle elementerne i sagen på sagsøgte vil man vel aldrig kunne forestille sig. Noget sådant ville indebære, at man blot behøvede at rejse et krav mod f.eks. en revisor, så ville denne skulle bevise, at han ikke havde handlet culpøst, at der ikke var lidt noget tab, og/eller at der ikke var nogen årsagsforbindelse mellem tabet og culpaen. Der ville dermed være tale om et rent tag selv bord.

Når dette udgangspunkt er slået fast, må det imidlertid sammenholdes med retsplejelovens § 339, stk. 3, og de hensyn, der ligger bag denne bestemmelse. Bestemmelsen giver retten mulighed for at »opfordre« en part til at fremlægge bevismateriale, »når sagens faktiske omstændigheder uden sådan bevisførelse ville henstå som uvisse«. Undlader en part trods rettens opfordring dertil, at fremlægge sådant bevis, kan retten tillægge det processuel skadevirkning for den pågældende. Reglen er primært tænkt anvendt, hvor det vil føles utilfredsstillende at afgøre sager af vidtrækkende betydning for parterne alene på grundlag af de almindelige bevisbyrderegler. Med »sager af vidtrækkende betydning« kan f.eks. menes sager om det økonomiske opgør i forbindelse med ophævelsen af mange års samliv.¹³⁴ Retten vil naturligvis anmode den part, der har lettest adgang til at føre det pågældende bevis om at gøre dette – men samtidig må retten tage i betragtning, hvem bevisbyrden påhviler,¹³⁵ således at den ikke gennem sit pålæg uden videre »vender« bevisbyrden om.

134. Som tilfældet var i afgørelsen *UfR 1982.171 H.*

135. Jf. også *Bernhard Gomard, Jens Møller og Oliver Talevski: Kommenteret retsplejelov*, Bd. I, 7. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s. 593.

Bevisvurdering i sager om professionelt ansvar

Det kan næppe heller afvises, at retten vil være mere tilbøjelig til at opfordre en »stærk« part til at fremlægge bevis end til at opfordre en »svag« part dertil.

Ovenstående elementer: hvem er nærmest til at fremskaffe relevant bevis, kombineret med hensynet til en præsumptivt svag part kan findes i retspraksis ikke blot ved spørgsmålet om fremskaffelsen af eventuelt bevis, men også ved vurderingen af de beviser, der måtte være ført. Selv hvor en sådan tendens kan påvises, fører det imidlertid ikke til, at bevisbyrden vendes om ved indgangen til sagen, men nærmere til en afsvækkelse af beviskravet, således at sagsøger, hvis denne er en svag part (hvad han langt fra altid behøver at være i sager om professionelt ansvar) vil kunne indskrænke sig til at sandsynliggøre, at faktum er på en given måde, før bevisbyrden vender, således at sagsøgte nu skal føre bevis for, at faktum ikke er, som sagsøger måtte have sandsynliggjort det.

Den her beskrevne teknik er imidlertid ikke særegen for hverken sager om professionelt ansvar eller for sager med parter af forskellig styrke; den er indbygget i enhver bevisførelse: når sagsøger har løftet sin bevisbyrde, må sagsøgte enten dømmes eller løfte byrden af sit »modbevis«.¹³⁶

Der findes vel ikke i trykt dansk retspraksis afgørelser, hvor sagsøgte i sager, som her omtalt, fra starten er blevet tillagt bevisbyrden, men der findes nogle få afgørelser, hvor sagsøgers bevisførelse alene rummer et yderst svagt indicium for, at sagsøgte har handlet culpøst, og hvor den sagsøgte derefter pålægges en »normal« bevisbyrde for at modbevise det fremførte indicium. Ikke blot systematisk, men også psykologisk er det imidlertid uhyre vigtigt at behandle disse tilfælde under spørgsmålet om beviskravets styrke.

I nogle få sager har det førte indicium alene ligget i den adfærd,

136. Under henvisning til *W.E. von Eyben*, *Bevis*, fraråder *Oliver Talevski*, *Juristen* 1990, 1. ff. at anvende bevisbyrdebegrebet på denne måde, men i stedet reservere det til den situation, hvor retten efter bevisførelsens afslutning ikke er i stand til at bedømme rigtigheden af et relevant faktum (a.st., s. 2 m. petit). At foretage denne reservation beskriver imidlertid kun dårligt den proces, der finder sted i retten under sagens gang: har et vidne understøttet den ene part massivt, vendes alles hoveder – som ved en tenniskamp – mod modparten, for at se, hvad han nu vil stille op, og undlader han at stille noget op – han returnerer ikke bolden – er sagen, eller dog den del af sagen, bevisførelsen har vedrørt, »tabt« for den ikke-returnerende part (den såkaldt subjektive bevisbyrde – se også *Lindencrone & Werlauff*: *Dansk Retspleje*, s. 278 f.).

Lars Bo Langsted

sagsøger selv har udvist – f.eks. efter at have modtaget rådgivning om et givent emne. Et eksempel på en sådan sag er afgørelsen i *FED 1997.1726 V*, hvor klienten ikke havde kurssikret i forbindelse med en ejendomshandel. Klienten kunne ikke huske, om advokaten havde rådgivet om kurssikring, men – som han sagde i retten – »hvis han var blevet rådet af advokaten til at foretage kurssikring, ville han have gjort det«. Advokaten kunne på sin side heller ikke huske, om han konkret havde rådgivet herom, men det ville han da tro, for det »plejede« han at gøre. Man kan naturligvis prise parternes ærlighed, men situationen satte bevisbyrder reglerne på spidsen, og rettens præmis var enkel: »Det må efter bevisførelsen lægges til grund, at appellanten, der var nærmest til at sikre sig bevis på dette punkt, ikke har ydet vejledning om kurssikring.«

Ud fra en normal bevisbyrdefordeling ville sagen være endt med frifindelse, men retten har antageligt ladet sig lede af det synspunkt, at »advokatrådgivning i forbindelse med en sædvanlig ejendomshandel vedrørende et enfamiliehus må tage udgangspunkt i en formodning for, at klienten ingen interesse har i at løbe en væsentlig økonomisk risiko i håb om at opnå en gevinst ved kursudsving«, som en anden afdeling af Vestre Landsret havde udtrykt det 3 dage tidligere i en anden sag.¹³⁷

I det hele taget er rådgiveransvaret indenfor området fast ejendom særdeles strengt,¹³⁸ når vi er uden for det erhvervsmæssige område, og man skal passe på ikke at generalisere.

Der findes ganske få tilsvarende afgørelser indenfor andre områder end fast ejendom, men de er da karakteriseret ved, at rådgivningsmodtageren er ressourcesvag i forhold til rådgiveren.¹³⁹

Deler man erstatningsagens elementer op, som sket i afsnit 2, kan man samtidig spørge, om bevisbyrden og beviskravene er de samme i forbindelse med alle elementerne.

137. *FED 1997.1709 V*.

138. Se herom nærmere *Langsted*: Rådgivning I, s. 78 ff. og 394 ff.

139. Se f.eks. *FED 1998.87 V* om en bankkunde, der ikke fik tilstrækkelig vejledning i forbindelse med et forsikringsskifte. I forbindelse med sin fastslåen af, at pengeinstituttet havde pligt til at sikre sig fornødent bevis for, at der var ydet korrekt vejledning, tillagde retten det vægt at kunden selv havde haft medbragt et tilbud fra et andet forsikrings-selskab, der ville have dækket kundens senere tab, ligesom retten fremhæver, at der var tale om vejledning (og ikke rådgivning!) om et produkt som banken selv solgte. Om sondringen mellem ressourcestærke og ressourcesvage klienter, se nærmere *Langsted*: Rådgivning I, s. 31 ff. og om den erstatningsretlige konsekvens heraf, a.st., s. 387 ff.

Bevisvurdering i sager om professionelt ansvar

Indgangen til en erstatningssag er typisk spørgsmålet om, hvorvidt den sagsøgte har handlet culpøst. Først hvis dette fastslås, går man videre til de øvrige betingelser. Som nævnt findes der ingen trykte afgørelser, hvor sagsøgte fra starten har fået pålagt bevisbyrden med hensyn til eksistensen af culpa. Der findes imidlertid enkelte, hvor retten – i lyset af den beviste, udviste culpas art – lader sagsøgte bære bevisbyrden for eksistensen af et indtrådt tab, eller dette tabs størrelse.

Højesteret har – som anført nedenfor i afsnit 4 – klart fastslået, at kravene til beviset for et lidt tab kan lempes i lyset af grovheden af en udvist culpa, men der findes også enkelte (landsrets)afgørelser, hvor den udviste culpa på grund af sin art vender bevisbyrden for det deraf følgende tab til skade for sagsøgte.

Dette var f.eks. tilfældet i afgørelsen *FED 1997.331Ø*, hvor en advokat i sin egenskab af tilsynsførende ved en betalingsstandsning end ikke havde foranlediget en åbningsbalance udfærdiget endsige ført et fyldestgørende regnskab for hele tilsynsperioden. Dette fik – helt naturligt – retten til at lade sagsøgte bære den derved opståede bevisusikkerhed. Tilsvarende henviser retten i *FED 1998.587V* til »den af appellantens begåede faglige fejl«, som begrundelse for, at denne måtte have »bevisbyrden for, at indstævnte ikke kunne have undgået betalingen af aktieafgiften«. ¹⁴⁰

4. Beviskravet

Som allerede nævnt i det foregående er spørgsmålet om beviskravet, spørgsmålet om den styrke et givent bevis skal have, førend den pågældende part antages at have løftet sin bevisbyrde. Da der er fri bevisbedømmelse, jf. retsplejelovens § 344, stk. 1, og da spørgsmålet om styrken af et givent bevis i sagens natur er subjektiv, er det ikke muligt at beskrive med nogen større form for sikkerhed, hvornår den »normale« bevisstyrke er til stede og som følge heraf heller ikke, hvor meget givne faktorer måtte »lempe« på disse, normale krav. Man er derfor henvist til sin egen, subjektive vurdering med udgangspunkt i processens generelle krav: at en anden dommer på baggrund af den foretagne bevisførelse og med anvendelse af de samme bevisbyrderegler, ville

140. Fuldstændig tilsvarende *FED 2001.591 Ø*.

Lars Bo Langsted

være kommet til samme resultat. Det kan også udtrykkes lidt mere indholdsmæssigt således, at en part har løftet sin bevisbyrde, når retten finder at denne parts udlægning af de førte fakta forekommer rigtigere end modpartens.

I sager om professionelles erstatningsansvar anvender man som udgangspunkt de sædvanlige synspunkter på spørgsmålet om beviskravet.

Det betyder i første omgang, at retten må overveje, hvilken betydning det skal have, at den ene af parterne har lettere ved at sikre og/eller fremskaffe et givent bevis.

Har den pågældende part bevisbyrden, betyder synspunktet, at man næppe vil acceptere et lavere beviskrav end det sædvanlige. Man kan således ikke som sagsøger forvente lempelser i beviskravet, hvis man ikke har eller ikke fremskaffer dokumentation, der naturligt ville være »lige ved hånden«.

Er det omvendt sagsøgte, der ville have været den nærmeste til at sikre sig det fornødne bevis, og dette ikke foreligger, er det nærliggende for retten at slække på beviskravet i forhold til sagsøger.

En problemstilling, der ikke sjældent optræder, inden det kan afgøres om den professionelle har optrådt culpøst, er spørgsmålet om **opgavens afgrænsning**. Ofte vil det være givet, hvad en opgave består af, og hvorledes den skal afgrænses. Der er f.eks. standarder eller kutymer inden for faget – anmoder man en revisor om at udføre revision, vil det normalt ligge klart, hvilke krav man kan stille til såvel opgavens udførelse som eventuel rådgivning knyttet dertil. Det samme gælder oftest, hvis man anmoder om en advokats bistand til at føre sin sag.¹⁴¹ I disse tilfælde vil det bevismæssige hovedspørgsmål være, om der rent faktisk gælder faglige krav af den påståede art, jf. ovenfor i afsnit 2.2.

I andre tilfælde, hvor opgaven efter sin karakter er mere løst afgrænset, kan spørgsmålet komme på spidsen. Vel langt de fleste professionelle erhverv anbefaler deres udøvere at oprette et aftalebrev eller på anden måde beskrive den aftalte arbejdsopgave. Foreligger en sådan beskrivelse, vil man naturligvis tage udgangspunkt i denne ved en senere strid om opgavens udstrækning, og hvis det havde været nærlig-

141. Et eksempel hvor der såvel forelå en »sædvanlig« tvist om, hvad der måtte være aftalt (almindelig bevisbyrde og -krav) som en tvist om, hvad god skik krævede, når en given rådgivning blev ydet (sagsøgte skulle føre bevis for, at han i sin rådgivning havde advaret mod risici forbundet med en usædvanlig konstruktion) er *FED 2004.12 V*.

Bevisvurdering i sager om professionelt ansvar

gende at inddrage det omtvistede spørgsmål – f.eks. hvorvidt der fulgte skatteretlige overvejelser med »i købet« – vil man på sædvanlig aftaleretlig vis fortolke en uklar aftale mod affatteren (som oftest den professionelle). En sådan tendens vil være underbygget såfremt klienten er en privatperson, eventuelt en resourcesvag sådan. Bevisbyrden for, at der desuagtet skulle være en aftale, der udelukkede f.eks. den skatteretlige rådgivning vil i et sådant tilfælde antageligt blive væltet over på den sagsøgte.

Man kan imidlertid ikke indskrænke sig til blot at konstatere, at det er den professionelles ansvar at beskrive og afgrænse opgaven.¹⁴² Ikke sjældent vil opgaver være af en så beskeden, flygtig eller hastende karakter, at der ikke oprettes aftalebreve eller andet skriftligt materiale. I afgørelsen *FED 2001.2178V* hævdede sagsøger således, at advokaten var blevet anmodet om at vurdere soliditeten og boniteten af et selskab, hvor han ville indsætte sine penge, hvorimod advokaten hævdede, at hun alene var blevet anmodet om at vurdere, hvorvidt sagsøger kunne komme ud af en indgået aftale herunder hvilke omkostninger, dette eventuelt ville udløse. Klienten var slagteriarbejder (dvs. i denne relation resourcesvag) og ville anbringe sine sammensparede penge (godt 300.000 kr.) i et bankieraktieselskab. Til støtte for advokatens synspunkt lå, at hun efterfølgende havde afregnet sin rådgivning med kr. 1.500,- samt teksten »rådgivning vedrørende foreløbig gennemgang af dokumenter ved indskud«. I byretten konstateredes i præmisserne, at begge parter forekom troværdige i deres forklaring, og at sagsøger således ikke havde løftet sin bevisbyrde. Også landsretten fastholdt, at det mod sagsøgtens benægtelse måtte være sagsøger, der havde bevisbyrden for, at advokaten »fik i opdrag at undersøge [klientens] sikkerhed i forbindelse med et indskud i C & C Bankieraktieselskab.«¹⁴³

I relation til spørgsmålet om udvist **culpa**, må den første forudsætning for en lempelse i beviskravet til sagsøger være, at hans udlægning af sagens fakta i øvrigt – herunder hans udlægning af det bevismæssigt omstridte – skal have det sandsynliges karakter.

At påstå, at en advokat skulle have rådet ham til indgive en falsk anmeldelse, at bruge hele sin formue på spil eller til at lade sig skille,

142. Som *Andersen*: Advokatretten, s. 753 næsten synes at gøre.

143. Se nærmere om beviskravene ved opgaveafgrænsningen *Langsted*: Rådgivning I, s. 440 f.

Lars Bo Langsted

hvis rådgivningen i øvrigt handlede om en fusion mellem to aktieselskaber, vil således rumme en udlægning, der på forhånd vil have formodningen imod sig, og derfor heller ikke vil lægge op til en lempelse af beviskravet. Vel er det ikke utænkeligt, men det er heller ikke sandsynligt, at noget sådan skulle være sket, hvorfor sagsøger i disse tilfælde må føre et almindeligt bevis for, at hans udlægning af virkeligheden er den rigtige.

Hævder sagsøger omvendt, at hans revisor undlod at anvende en helt ny – for assistancen relevant – skatteregel, eller at advokaten rådgav på baggrund af sidste års retspraksis, er dette langt mere sandsynligt, og rejser spørgsmålet, om en sagsøgers ikke på forhånd usandsynlige udlægning af f.eks. assistancen eller rådgivningen, der i øvrigt bekræftes af begivenhedsforløbet, bevirker, at beviskravet er opfyldt, således at det vil være op til sagsøgte at føre modbevis.

Står det på en sådan baggrund påstand mod påstand, vil det normalt¹⁴⁴ ikke være tilstrækkeligt til at anse beviskravet for opfyldt – der må kræves yderligere underbygning.

Sådan underbygning kan f.eks. findes i en mængde korrespondance, der omtaler alt mellem himmel og jord i forbindelse med rådgivningen eller sagen, men hvor det omstridte punkt på intet tidspunkt nævnes, selvom dette måtte anses for naturligt.¹⁴⁵ Eller tilfælde, hvor advokaten udadtil giver udtryk for en given retsopfattelse – f.eks. påstår, at der i sagen er hævebegrundende mangler – men hvor han ikke klart tilkendegiver over sin egen klient, at han selv er meget i tvivl om f.eks. manglernes væsentlighed.¹⁴⁶

Der er i de ovennævnte tilfælde tale om en balancegang mellem hensynet til den konkrete klient, der ofte vil være i en situation, hvor det ganske enkelt ikke er muligt for denne at skaffe (yderligere) dokumentation for hændelsesforløbet og hensynet til kommende klienter, der ved en domfældelse i den aktuelle sag, risikerer fremover enten at blive overvældet med information og dokumenter eller at rådgiveren

144. Netop på grund af den frie bevisbedømmelse vil en »påstand mod påstand« – situation til tider kunne løses ud fra dommernes opfattelse af den enkelte parts (u)troværdighed. I afgørelsen *FED 2001.2178 Ø* udtaler byretsdommeren: »Begge forklaringer forekommer troværdige, og sagsøgeren har således ikke opfyldt den ham påhvillende bevisbyrde i denne henseende.«

145. Se *FED 1997.312 Ø* og tilsvarende *FED 2003.361 Ø*.

146. Se *FED 1995.623 V*.

Bevisvurdering i sager om professionelt ansvar

ganske enkelt ikke ønsker at beskæftige sig med området, fordi det vurderes som værende for farligt rent erstatningsretligt.

Der vil således kun, hvis man anskuer den enkelte sag, kunne foretages en afvejning mellem to parter – og hvor afvejningen for en umiddelbar betragtning er til skade for enten den potentielt ressourcесvage klient eller for den potentielt ressourcestærke professionelle erhvervsudøver. I et bredere perspektiv vil der kunne være en række skadevirkninger for også de ressourcесvage klienter ved at kræve skriftlig dokumentation. For det første er det således, at f.eks. en rådgiver har det som sin opgave at uddestillere de relevante dele af faktum, sin egen viden og f.eks. retsreglerne til de passer præcis til den konkrete modtager og det i en form, der er særlig tilpasset til denne. Det kan udtrykkes således, at en rådgiver har det som sin primære opgave at levere »tilpasset, fagligt funderet informationsgivning med henblik på en klient beslutningstagning«. ¹⁴⁷

Presses han i stedet på dokumentationssiden, risikerer man meget let, at rådgivere vil dynde klienten til med skrevne oplysninger – oplysninger, der måske ikke alle er lige relevante, og oplysninger den pågældende klient måske knapt kan læse. ¹⁴⁸

Nogle erhverv har i medfør af deres etiske (eller andre faglige) regler krav om at de skal udfærdige arbejds papirer og opbevare disse i en given periode. ¹⁴⁹ Sådanne arbejds papirer vil den sagsøgende klient eller tredjemand kunne begære fremlagt i retten ¹⁵⁰ til belysning af de skridt den professionelle har taget og de overvejelser han måtte have gjort sig, med den konsekvens, at en nægtelse af at fremlægge papirerne eller en erkendelse af, at disse ikke eksisterer, vil kunne komme den sagsøgte til skade.

Hvad angår beviskravet i relation til de øvrige erstatningsretlige betingelser – kravet om **tab** og **årsagsforbindelse** – vil dette være farvet

147. Jf. *Langsted: Rådgivning I*, s. 12 ff. (citatet er fra s. 25).

148. Ifølge *Carsten Elbro*, Læs her – om utilstrækkelige læsefærdigheder, Undervisningsministeriet, 1996, s. 7, har ca. 12 % af alle danskere mellem 18 og 67 år problemer med at læse dagligdags tekster.

149. For revisorers vedkommende følger det af erklæringsbekendtgørelsens (bkg. 1537 af 22/12 2004) § 23, at de skal føre en »efter forholdene afpasset oversigt over revisions-, gennemgangs-, assistance- og rådgivningsarbejdernes formål og udførelse« og opbevare denne oversigt i fem år.

150. Jf. herved *beslutning af 1/9 2003* i sag nr. 62/03 samt *beslutning af 27/2 2004* i sag nr. 448/03 begge af Højesterets Anke- og Kæremålsudvalg.

Lars Bo Langsted

af den grad af culpa, sagsøgte har udvist. Dette er generelt udtrykt i bl.a. *UfR 2000.521 H* »Højesteret finder, at grovheden af [revisors] fejl begrunder en lempelse af beviskravene med hensyn til tabets størrelse« og tilsvarende vedrørende konstateringen af den fornødne årsagssammenhæng *UfR 2002.2000 H*: »Ved en sådan klar advokatfejl kan der kun statueres ansvarsfrihed, hvis det med en betydelig grad af sandsynlighed må antages, at der ikke er årsagssammenhæng mellem fejl og tab.«¹⁵¹

Begge afgørelser illustrerer således klart, at beviskravene lempes til fordel for sagsøger, når fejlen er tilstrækkeligt klar, culpaen tilstrækkeligt grov, men også at bevisbyrden ikke vendes om.

Højesterets praksis fastslår også, at det ikke er tilstrækkeligt at bevise, at den professionelle har handlet ansvarspådragende til at beviskravene lempes – der skal »mere« til, jf. således *UfR 2001.325H*: »Under disse omstændigheder findes Skatteministeriet ikke at have ført det fornødne bevis for, at tabet skyldes Kaj Højs ansvarspådragende forhold. Det bemærkes herved, at forholdet ikke er af en sådan grovhed, at dette kan begrunde en lempelse af Skatteministeriets bevisbyrde.«¹⁵²

5. Afrunding

Som det skulle være fremgået af ovenstående, er der ikke efter retspraksis belæg for at hævde, at professionelle erhvervsudøvere i dag skulle være i en situation, hvor de har bevisbyrden for, at de ikke har handlet ansvarspådragende. Der er heller ikke belæg for at hævde, at rådgivere har en ubetinget pligt til at sikre sig ethvert tænkeligt bevis – f.eks. i form af aftalebreve, båndudskrifter af samtaler m.v. og at klientens udsagn lægges til grund såfremt noget sådant ikke kan fremlægges. Retspraksis bekræfter at bevisbedømmelsen er fri, og at udgangspunktet også i sager om professionelles erstatningsansvar fortsat er, at det er skadelidte, der har bevisbyrden for samtlige ansvarsselementers tilstedeværelse.

Når det er sagt, er det imidlertid også tydeligt, at domstolene i sager med (især) resourcesvage klienter og især indenfor visse områder, af

151. Tilsvarende *FED 2003.1491 Ø*.

152. Se hertil også *FED 2003.3037 Ø*, hvor advokaten fandtes at have handlet culpøst, men hvor sagsøger ikke havde ført bevis for årsagsforbindelsen.

Bevisvurdering i sager om professionelt ansvar

særlig stor betydning for klienten – f.eks. køb eller salg af familiens bolig – er villige til at lempe på beviskravene og til hurtigere at bruge sædvanlige bevisfortolkningsmomenter imod den professionelle.

Sammenfattende er det min vurdering, at domstolene generelt har været dygtige til at finde en passende balance mellem hensynet til klienten og hensynet til den professionelle, og at de frem for alt fortjener ros for ikke at være blevet grebet af den panik, der ind imellem griber advokater, revisorer og andre professionelle: at vi har »amerikanske tilstande« i erstatningsretten, og at enhver sagsøger som udgangspunkt er blevet mishandlet af sin rådgiver. Det er givet, at retstilstanden udviser skærpede krav til erhvervsudøveren – men generelt ikke urimelige sådanne; heller ikke i bevismæssig sammenhæng.

Litteraturliste:

- Andersen, Mads Bryde.** *Advokatretten*, forfatteren i samarbejde med Advokaternes Serviceselskab A/S, København 2005
- Bønsing, Sten.** »God skik-regler – hvem bestemmer indholdet«. *Ugeskrift for Retsvæsen*, 2004 B, side 1-6
- Elbro, Carsten.** *Læs her – om utilstrækkelige læsefærdigheder*, Undervisningsministeriet, København 1996
- Gomard, Bernhard.** *Civilprocessen (under medvirken af Michael Kistrup)*, 5. udg., Forlaget Thomson, København 2000
- Gomard, Bernhard; Møller, Jens & Talevski, Oliver** (red.), *Kommenteret retsplejelov, Bd. I*, 7. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2004
- Halling-Overgaard, Søren.** *Advokaters erstatningsansvar*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2002
- Kruse, Anders Vinding.** *Advokatansvaret*, 6. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1990
- Langsted, Lars Bo.** »God revisorskik – een retlig standard?« i *FSRs responsumudvalg 1925-2000 – 75 års jubilæumsskrift*, p. 10-65, FSR & Forlaget Thomson, København 2000
- Langsted, Lars Bo.** *Rådgivning I – det professionelle erstatningsansvar*, 1. udg., Forlaget Thomson, København 2004
- Langsted, Lars Bo; Christensen, Mogens & Andersen, Paul Krüger.** *Revisoransvar*, 6. udg., Forlaget Thomson, København 2005
- Lindencrone, Lars & Werlauff, Erik.** *Dansk Retspleje*, 3. udg., Forlaget Thomson, København 2005

Lars Bo Langsted

Talevski, Oliver. »Bevisbyrden i sager om lægers erstatningsansvar«.
juristen, 1990, 1, side 1-15